LEGISLAÇÃO DO TRABALHO
E PREVIDÊNCIA SOCIAL

publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência

REVISTA

LTr®

ANO 53

ABRIL

1989

SÃO PAULO

Doutrina

PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA (GARANTIA DE EMPREGO?)

ARION SAYÃO ROMITA (*)

Den berechtigen Schutzinteressen des Arbeitnehmers sind die des Arbeitgebers, mitunter sogar die der Offentlichkeit, antinomisch. (...) Ein Arbeitsrecht, das den Schutz des Arbeitnehmers bewirkt, muss auch den Interessen des Arbeitgebers und der Allgemeinheit an wirtschaftlicher Flexibilität Rechnung tragen.

GÜNTER SCHAUB (1)

I — Introdução

Delimitemos, inicialmente, o alcance deste ensaio, fixando o significado dos vocábulos utilizados no título. Qual é o sentido das expressões "proteção contra a despedida arbitrária" e "garantia de emprego"? Movemo-nos em campo semântico.

Se, com J. Mattoso Câmara Jr., entendermos por **semântica** o "estudo da significação das formas lingüísticas" (2), não poderemos deixar de reconhecer que, do ponto de vista deste capítulo da filologia, a vagueza é uma propriedade de praticamente todas as palavras. Com exceção dos termos científicos, cuja significação é estabelecida mediante convenção, as palavras apresentam essa característica: seu campo de aplicação não é estritamente delimitado, já que os fenômenos da realidade objetiva são muito mais ricos e multifacetados do que os nomes que os designam. A vagueza das palavras deriva da área finita e bem assim da falta de especificação dos limites em que são empregadas. Esta é a lição de Adam Schaff (3). A observação é válida para a linguagem em geral, a ponto de afirmarem Ogden e Richards que, entre os usos ocasionais da definição de **significado**, encontra-se aquele que o identifica com termos de conotação puramente subjetiva, como **intenção, valor, referente, emoção**, enfim, com dados que envolvem avaliação individual e opiniões pessoais, fonte de utilização ambígua dos termos, causa mais comum da incompreensão entre os indivíduos (4). Quanto à linguagem do Direito, força é convir em que se torna impossível assegurar de antemão a precisão no emprego dos vocábulos, quer na construção dos conceitos jurídicos quer na redação das leis. O Direito capta os dados da realidade e os expressa mediante o emprego de palavras, daí uma dupla fonte de incompreensões: os dados da experiência (5) não são entendidos da mesma forma pelos membros da comunidade e as palavras contêm, em si, evidente "folga de significado" (6). Por

(*) Arion Sayão Romita é Professor Titular de Direito do Trabalho.

(1) Schaub Günter, Arbeitsrechts-Handbruch, 6.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique, 1987, p. 3. Os interesses dignos de proteção do empregado e os do empregador, às vezes até os da sociedade, são antinômicos. Um Direito do Trabalho que efetive a proteção do empregado tem de levar em conta igualmente os interesses do empregador e da comunidade pela flexibilidade econômica.

(2) Mattoso Câmara Jr., J. Dicionário de filologia e gramática, 2.ª ed., Ozon Editor, Rio de Janeiro, 1964, p. 309.

(3) Schaff, Adam. Introdução à semântica, trad. de Célia Neves, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1968, p. 348.

(4) Ogden C. K. — Richards, I. A. El significado del significado, trad. de Eduardo Prieto, Editorial Paidos, Buenos Aires, 1954, p. 151, 207, 260 e 261.

(5) Como afirma Miguel Reale, "o direito não é só experiência, mas só pode ser compreendido como experiência" (O Direito como experiência, Edição Saraiva, São Paulo, 1968, p. XI).

(6) Observa Reinhold Zippelius que "a linguagem utilizada pela lei já é pouco precisa" — **Schon die Sprache, deren sich das Gesetz bedient, ist unscharf** (Das Wesen des Rechts — eine Einführung in die Rechtsphilosophie,

tal motivo, especial relevo assume o papel da **interpretação,** função primordial da doutrina e da jurisprudência, no afã de adaptar o preceito geral e abstrato da norma às exigências da vida e do momento histórico, eliminando as imprecisões (7). Cumpre-nos tentar prevenir o emprego vago dos termos contidos no título, indicando de antemão o sentido em que serão aplicados.

"Proteção contra a despedida arbitrária" é a rede de segurança armada pelo ordenamento jurídico com o fim de proibir o empregador de despedir o empregado ou mitigar os prejuízos por este sofridos quando dispensado, num e noutro caso fora das hipóteses autorizadas pelas fontes formais do Direito do Trabalho. Abrange qualquer tipo de medida que tenha por finalidade impedir ou dificultar o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador: no primeiro caso (impedir), a fonte (lei ou convenção coletiva) prevê a estabilidade; no segundo caso (dificultar), a fonte impõe ao empregador a obrigação de dar aviso-prévio ao empregado, pagar-lhe indenização etc.

A expressão "garantia de emprego" ostenta diferentes significados. É expressão genérica, de que **estabilidade no emprego** constitui apenas uma das espécies. A garantia de emprego representa aplicação prática do princípio de **direito ao trabalho,** proclamado pela Constituição Federal (artigo 6º), cujo valor social é salientado (artigo 1º, IV). Relaciona-se com a **política social,** particularmente com a **política de emprego,** envolvendo noções de economia, demografia, etc. Compreende técnicas e medidas destinadas a proporcionar o primeiro emprego, manutenção do conseguido, recolocação após a perda do anterior, etc. Diversas medidas têm sido postas em prática pelos diferentes ordenamentos com a finalidade apontada: **imponibile di mano d'opera** do direito italiano; admissão de mutilados de guerra, em diversos países europeus; admissão de maiores de 45 anos imposta por um decreto-lei de 1942, no Brasil; admissão de menores aprendizes, prevista pelo art. 429 da CLT; manutenção de agências de colocação pelos sindicatos, nos termos do artigo 513 consolidado, etc.

As medidas de garantia de emprego projetam no plano legislativo iniciativas tomadas pelo Estado intervencionista com o intuito de assegurar ao trabalhador **estabilidade econômica** e conduzem à política de pleno emprego preconizada pela Constituição (artigo 170, VIII), além de inspirar medidas de assistência social (Constituição, artigo 203, III).

Estabilidade jurídica, como uma das possíveis medidas de garantia de emprego, é a impossibilidade de despedir o empregado, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas pelas fontes formais. A Constituição consagrou a estabilidade, porém apenas em caráter de exceção, para beneficiar o dirigente sindical (artigo 8º, VIII), o dirigente das comissões internas de prevenção de acidentes e a gestante (artigo 10º, alíneas **a** e **b** das Disposições Transitórias).

A Constituição não deu guarida à estabilidade como regra geral. Preferiu adotar medidas que, sem proibirem a despedida arbitrária, apenas a dificultam. Prevê o aviso prévio (artigo 7º, XXI), a indenização (artigo 10º, I das Disposições Transitórias) e a contribuição adicional para o financiamento do seguro-desemprego (artigo 239, § 4º).

José Martins Catharino sentenciou: se "garantia de emprego" refere-se a trabalho subordinado e remunerado (o que exclui a garantia de trabalho autônomo produtivo e bem assim garantia de subocupação ou de subemprego), compreende medidas de **acesso a emprego** e medidas de **preservação de emprego.** "Garantia de emprego", portanto, significa a de obter um primeiro emprego; a de manter o conseguido, e o de outro conseguir, se perdido um (8). Dividiu o Mestre seu relatório em duas partes: uma geral, na qual, após o exame dos aspectos demográficos, urbanos e agrários, da realidade brasileira, teceu considerações sobre

---

4.ª ed., Verlag C. H. Beck, Munique, 1978, p. 179). Sobre o tema, bastante ilustrativa é a lição de Antônio Álvares da Silva (Direito Coletivo do Trabalho, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 38 e 102, além de notas bibliográficas em p. 65 e 135).

(7) Como ensina Zippelius, "é tarefa da interpretação, na folga da possível significação das palavras, (...) descobrir e precisar aquela variação de significado que melhor se ajusta às palavras do texto" **(Aufgabe der Auslegung ist es, innerhalb des Spielraumes der moglichen Wortbedeutung, (...) jene Bedeutungsvariante herauszufinden und zu prazisieren, die diesen Worten im vorliegenden Text richtigerweise zukommt** — ob cit., p. 179). Adiante, afirma o mesmo autor que, "em númeras questões, as normas jurídicas vigentes deixam ao juiz uma folga para apreciação individual" **(In zahlreichen Fragen lassen die geltenden Rechtsnormen dem Richter einen Spielraum für eine eigene Wertung** — ob. cit., p. 185). O direito se forma a cada instante, estende-se, adapta-se, transforma-se com o fim de melhor e mais estreitamente abarcar a realidade presente que ele se propõe reger; é dotado de movimento e de vida — são expressões textuais de François-Michel Schroeder. Le nouveau style judiciaire, Dalloz, Paris, 1978, p. 98. Trata-se de tarefa complexa, que incumbe primordialmente ao juiz e que Portalis não hesitou em qualificar como **obra de experiência:** "Cabe à experiência preencher sucessivamente as lacunas que nós (o legislador) deixamos. Os códigos dos povos **se fazem com o tempo;** falando com mais propriedade, **ninguém os faz"** — grifos do original. Discours préliminaire au Code Civil, **in** Baron Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, I Treuttel et Wurz Libraires, Paris, 1827, p. 265.

(8) Catharino, José Martins. Sistemas de garantia de emprego, **in** Estabilidade e Fundo de Garantia — simpósio promovido pelo Instituto de Direito Social, LTr, São Paulo, 1979, p. 13.

a situação de emprego, enfocando ao lado dos aspectos populacionais, os fatores técnico-produtivos e de subemprego; e uma parte específica, normativa trabalhista, na qual dissertou sobre medidas de acesso ao emprego e bem assim sobre medidas de preservação, que entre nós se revelam paradoxalmente positivas e negativas. Entre as medidas de preservação, mereceu destaque a **estabilidade**, "impossibilidade jurídica de qualquer despedida", a qual, realmente, "preserva emprego".

O relatório de Catharino sobre "Sistemas de garantia de emprego", após as palavras introdutórias de Cesarino Junior, abre os trabalhos do Simpósio sobre "Estabilidade e Fundo de Garantia", promovido pelo IDS (atualmente, Instituto Brasileiro de Direito Social) em São Paulo, em 30 e 31 de maio de 1978.

Magníficas exposições foram apresentadas ao referido Simpósio: além das duas já referidas (de Cesarino Jr. e de Catharino), "Estabilidade e FGTS no Brasil — Repercussões econômicas e sociais", de Roberto Santos; "Estabilidade e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço", de Anna Brito da Rocha Acker; "Estabilidade e Fundo de Garantia na Constituição", de Hugo Gueiros Bernardes; "Estabilidade e Fundo de Garantia na Constituição", de Marly A. Cardone; "Sistemas principais de garantias de emprego", de Messias Pereira Donato; "Modelo de sistema de garantia de emprego no Brasil", de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena; e "Modelo de sistema de garantia de emprego no Brasil", de Julio Assumpção Malhadas. Hoje, decorridos exatamente dez anos, nada haveria que acrescentar a essa seqüência de estudos, da mais alta expressão jurídica, não fora o surgimento do **fato novo** — e relevante — a saber, a nova Constituição Federal brasileira.

Não seguiremos neste ensaio o caminho já percorrido por Catharino e, assim, deixaremos à margem os aspectos relativos a **acesso ao emprego** e a **obtenção de um novo emprego.**

Todos temos ainda vivos na lembrança os agitados debates que se travaram na Assembléia Nacional Constituinte e também fora dela (na imprensa, em aulas, conferências, simpósios e congressos jurídicos, livros, pareceres, artigos de doutrina etc.) sobre o tema, então predominantemente tratado como **estabilidade.** Muito se discutiu a respeito da **estabilidade no emprego**, registrando-se apaixonados argumentos num e noutro sentido, a favor da estabilidade e contra ela. Vale dizer, volumosa corrente de opinião se manifestava pelo acolhimento da estabilidade; não menos significativa corrente inclinava-se pela manutenção do sistema então vigente, que favorecia a livre despedida, onerando o empregador apenas com a obrigação de pagar uma importância correspondente a 10% dos depósitos existentes na conta vinculada, admitindo alguns **de lege ferenda** a elevação dessa taxa para 40%.

O tema da estabilidade, na Constituinte, polarizou as atenções e se transformou em um dos mais polêmicos assuntos ali debatidos. Não foram discutidos, em escala equivalente, os relevantes aspectos relacionados com a questão do emprego ou do desemprego. Os temas da obtenção de um primeiro emprego e do conseguimento de novo emprego não mereceram registro especial.

A "proteção contra a despedida arbitrária" outorgada pela Constituição Federal, portanto, não denota "garantia de emprego", entendida como "a de manter o conseguido" (Catharino). Neste sentido, à luz da nova Constituição, serão empregadas as referidas expressões.

II — Direito e transformação social

A nova Constituição brasileira traduz uma impressão arraigada na sociedade: a de onipotência do legislador (não do legislador ordinário, a respeito do qual — pelo contrário — o sentimento generalizado é de desconfiança, mas do constituinte). Algum tempo antes da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, pronunciamentos de pessoas dos mais variados gr us de instrução, integrantes dos mais díspares segmentos da sociedade, manifestavam a opinião de que o novo texto constitucional representaria a infalível solução de todos os problemas nacionais, individuais e coletivos, políticos, sociais e econômicos, desde a pavimentação de alguma rua do subúrbio até o pagamento da dívida externa.

Curioso fenômeno deparou-se, então, aos olhos do observador: a crença generalizada — só não compartilhada pelos especialistas — de que a Constituição a ser elaborada conteria a panacéia universal para todos os males que afligiam as brasileiras e os brasileiros... Cedo chegou a desilusão e certo desânimo se instalou. Percebeu-se que o texto da Carta Magna não teria o condão de debelar, com soluções mágicas, a crise econômica, o flagelo da inflação ou a chaga social do desemprego, nem seria capaz de livrar os assalariados da situação de insuficiência remuneratória que tradicionalmente os oprime...

A sociedade brasileira viveu, às vésperas da instalação da ANC, uma fase de euforia que, de certa forma, reflete o pensamento positivista a respeito dos poderes do legislador. Digamos assim, para simplificar: o **legislador,** já registrado que nos referimos também ao constituinte, para assinalar o momento histórico específico vivido pelo Brasil.

Duas frases célebres sintetizam posições antagônicas: de um lado, a onisciência prepotente do legislador, de outro a desvalia dos comandos legais ante as reais exigências da sociedade. Em célebre conferência proferida em 1848 sobre "A falta de valor da jurisprudência como ciência", Kirchmann asseverou que, "enquanto a ciência do direito assume como próprio objeto o contingente, torna-se ela mesma contingente; três palavras de retificação do legislador, e bibliotecas inteiras tornam-se papel de embrulho" (9). Impossível elevar a grau mais elevado a relevância do papel desempenhado pelo legislador. No extremo oposto, coloca-se a também conhecida reflexão de Jean Cruet: "Vemos diariamente a sociedade refazer a lei; jamais se viu a lei refazer a sociedade" (10). Como última frase de sua conhecida obra, escreve ele que "o direito não domina a sociedade, ele a exprime". De fato, bem limitado, segundo esta corrente de pensamento, é o papel reservado à lei no contexto social, pois para o legislador, ainda segundo Jean Cruet, não há outro **absoluto** senão o **possível** (11).

A Sociologia do Direito questiona a relação de dependência existente entre direito e sociedade.

A ordem jurídica não é uma ordem natural: na verdade, o direito é um fenômeno histórico (12), em constante evolver. Não lhe cabe fixar ou imobilizar as relações sociais, tentar cimentá-las, mas sim manter em equilíbrio todas as atividades sociais, sem jamais entravar seu movimento perpétuo (13).

Eugen Ehrlich demonstra que o ordenamento jurídico se funda diretamente sobre as relações econômicas, os costumes, as relações de domínio e de poder, especialmente em suas formas mais relevantes do estatuto, do contrato, das disposições de última vontade. Desses fatos emergem as normas que determinam o comportamento do homem em sociedade. As proposições jurídicas, todavia, adquirem expressão nesse contexto, porquanto, sob a forma de leis, decisões judiciais e provimentos de órgãos administrativos, exercem influência sobre os fatos, alterando os costumes, as relações de poder e de domínio, os estatutos, os contratos etc. (14). Essa interação entre o direito e os fatores sociais, em uma relação de dependência recíproca, é hoje pacificamente aceita pelos estudiosos da Sociologia do Direito. Como escreve Evaristo de Moraes Filho, o direito vive "mergulhado na mesma **Gestalt** cultural da sociedade ambiente. É simplesmente uma das partes do todo grupal, das instituições sociais suas antecedentes, contemporâneas e conseqüentes, que o envolvem por todos os lados. Como excluí-lo então artificialmente do conjunto desta mesma vida social da qual ele é uma simples parte funcional? Sofre o direito influências diretas da economia, da política, da religião, da moral e dos demais fatores sociais. Sofre, e reage sobre os mesmos, exercendo então efeitos objetivamente observáveis, estruturando e controlando a matéria social" (15).

(9) Trata-se do ensaio intitulado **Die 'Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenchaft.** A frase é a seguinte: **"Drei berechtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden Makulatur"** — Der Grosse Brookhaus, VI, Wiesbaden, 1955, verbete **Kirchmann.** Vd. Kirchmann, Julius Hermann — Wolf, Erik. Il valore scientifico della giurisprudenza, trad. de Paolo Frezza, Giffrè, Milão, 1964, p. 18.

(10) Cruet, Jean. Epígrafe do livro La vie du Droit et l'impuissance des lois, Ernest Flammarion Editeur, Paris, 1914. Mais de um século antes, Portalis destacava a exigüidade dos poderes do legislador: "... as leis positivas não podem substituir inteiramente o uso da razão natural nos assuntos da vida. As necessidades da sociedade são tão variadas, a comunicação dos homens é tão ativa, seus interesses são tão multiplicados e suas relações tão extensas que se torna impossível ao legislador a tudo prover". Salientava também a evolução dos acontecimentos que, sem dúvida, afeta os institutos jurídicos: "De resto, como aprisionar a ação do tempo? Como opor-se ao curso dos acontecimentos, ou à mudança insensível dos costumes? Como conhecer e calcular com antecedência aquilo que só a experiência pode revelar-nos? A previsão pode por acaso alcançar objetos que o pensamento não pode atingir?" (Discours préliminaire, cit., **in** ob. cit., p. 257-258).

(11) Cruest Jean. Ob. cit., p. 336.

(12) Virally, Michel. La pensée juridique, L. G. D. J., Paris, 1960, p. 2 e 4.

(13) Cornil, Georges. Le droit privé, Marcel Giard, Paris, 1924, p. 47.

(14) Ehrlich, Eugen. I fondamenti della sociologia del diritto, trad. de Alberto Febbrajo, Giuffrè Editore, Milão, 1976, p. 235.

(15) Moraes Filho, Evaristo de. O problema de uma Sociologia do Direito, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1950, p. 237-238. A reciprocidade das relações entre os diversos fatores é também destacada por Nelson Nogueira Saldanha. Sociologia do Direito, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, p. 59. Examinando as relações entre economia e direito, após rejeitar as teorias de Marx e Stammler, Georges Gurvitch conclui que a "única teoria aceitável é a que sustenta que, nos vários tipos de sociedade, ora é a economia que, ultrapassando a realidade jurídica, serve-lhe de fator, ora o direito que, guiando a realidade econômica condiciona-a" (Sociologia Jurídica, trad. de Djacir Menezes, Livraria Kosmos Editora, Rio de Janeiro, 1946, p. 340). "O ordenamento jurídico forma parte da totalidade da cultura e constitui parte integrante e integradora da cultura em sua totalidade" — escreve J. J. M. Van der Ven: **Die Rechtsordnung gehort zur Gesamtheit der Kultur und bildet einen integrierten und auch einen intervrierenden Bestandteil der Kultur in ihrer Totalitat** (Die Bedeutung des Menschenbildes für die Rechtsvergleichung, insbesondere im Sozialrecht, **in** In memoriam Sir Otto Kahn-Freund, Verlag C. H. Beck Munique, 1980, p. 714).

Esta análise, entretanto, não é suficiente. Na realidade, ao chegarmos a este ponto, não podemos pensar que solucionamos o problema, mas, pelo contrário, somos forçados a reconhecer que aí começam as dificuldades. Como pondera Michel Miaille, "não basta declarar que o direito tem laços estreitos com todos os outros fenômenos sociais ou até que ele é um fato social" (16). As confusões e simplificações surgem a partir desse ponto, de tal maneira que, na tentativa de isolar os fatores sociais, o observador identifica na verdade a ideologia da sociedade, tal como ocorreu com Duguit, que reduzia à solidariedade entre os indivíduos o fundamento do direito objetivo encontrado em uma dada sociedade.

À luz dessas considerações, cabe indagar se o Direito, na sociedade capitalista, pode ser entendido como fator de transformação social. A teoria marxista responde negativamente, já que vê no Direito mero fenômeno de superestrutura, cobertura do domínio burguês, fadado ao desaparecimento, pois "toda ideologia perece com as relações sociais que a engendraram", como quer Pasukanis (17).

A teoria sociológica do direito responde à indagação formulada mediante a análise da função do direito e de sua ação específica. Na definição de um dos maiores teóricos do funcionalismo, Niklas Luhmann, o direito é "a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas" (18). Em um mundo altamente complexo e mutável, a integração dos indivíduos em sociedade deriva de expectativas comportamentais recíprocas. Tais estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações por intermédio da normatização, a qual, em dimensão social, vem a ser institucionalizada, por apoiada sobre o consenso esperado de terceiros.

Do ponto de vista da teoria da integração, o exame das relações entre direito e vida social demonstra que o direito é um instrumento de poder social que, mediante a adaptação dos interesses em conflito. Deve manter e promover a coesão social. Desempenha ele, portanto, importante papel no processo de integração da sociedade indicado em sociologia como **controle social** (19). Não constituirá portanto, à luz dessa teoria, fator de transformação social.

O vertiginoso aumento das tarefas assumidas pelo Estado na sociedade industrial, caracterizada pelo capitalismo avançado ou maduro, exige o emprego do ordenamento jurídico como instrumento da atividade intervencionista, centrada no planejamento econômico. Em conseqüência, como observa Nicos Poulantzas, a ideologia do Estado pluralista, árbitro entre os integrantes dos grupos sociais e portador da vontade geral dos indivíduos-cidadãos, vem a ser suplantada pela ideologia do Estado-instância técnica em face das necessidades intrínsecas da produção, da industrialização e do progresso técnico (20).

Caberia ainda registrar, como resposta afirmativa à indagação formulada, a corrente doutrinária que remonta a E. Petrazycki, no ano de 1890. Essa corrente, que preconiza a construção da vida social de maneira objetiva e racional, apóia-se na possibilidade de previsão dos efeitos da legislação. Verdadeira obra de engenharia social, a ciência da política do direito forneceria conhecimentos que poderiam facilitar o uso de métodos racionais e eficientes para mudar a vida social. Adam Podgorecki afirma que na Polônia, após a Segunda Guerra Mundial, foi possível observar alterações sistemáticas da realidade social produzidas por mudanças jurídicas (21).

O direito não surge pronto e acabado da mente do legislador, como Minerva a emergir, adulta e revestida de elmo e armadura, da cabeça

---

(16) Mialle, Michel. Uma introdução crítica ao Direito, trad. de Ana Prata, Moraes Editores, Lisboa, 1979, p. 281.

(17) Pasukanis, Evgeny. La théorie générale du droit et le marxisme, Edi, Paris, 1976, p. 53. Referindo-se ao direito, Konstantin Stoyanovitch escreve: "... não é simultânea à sociedade enquanto tal, só surge depois da divisão da sociedade em classes e da instauração da propriedade privada dos meios de produção, para servir de instrumento de opressão de uma classe social por outra e em conseqüência desaparecerá de uma vez por todas com a abolição pelo proletariado da propriedade privada e da divisão da sociedade em classes" (El pensamiento marxista y el derecho, trad. de Andrés López Acotto, Siglo Veintiuno Editores, 1977, p. 183). No mesmo sentido, Juan-Ramón Capella. Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas, trad. de Maria Luisa Guerreiro, Centelha, Coimbra, 1977; P. I. Stucka. La función revolucionaria del derecho y del Estado, 2.ª ed., trad. de Juan-Ramón Capella, Ediciones Península, Barcelona, 1974, p. 28 e **passim**; Pietro Barcellona — Giuseppe Coturri. El Estado y los juristas, trad. de Juan-Ramón Capella, Editorial Fontanella, Barcelona, 1976, p. 109-111.

(18) Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito, I, trad. de Gustavo Bayer, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983, p. 121.

(19) Rehbinder, Manfred. Le funzioni sociali del diritto, **in Eligio Resta** (a cura di). Diritto e trasformazione sociale, Laterza, Bari, 1978, p. 165.

(20) Poulantzas, Nicos. L'Etat, le Pouvoir, Socialisme, 2.ª ed., Quadrige/PUF, Paris, 1981, p. 57.

(21) Podgorecki, Adam. Diritto e ingegneria sociale, **in** Eligio Resta (a cura di). Diritto e trasformazione sociale, cit., p. 168-169. Para a 'organização social por intermédio do direito' (**Sozialgestaltung durch das Recht**), Reinhold Zippelius. Gessellschaft und Recht, C. H. Beck, Munique, 1980, p. 70-72. A expressão **social engineering** foi cunhada por Roscoe Pound, em 1928. A propósito, Roscoe Pound. Introdução à filosofia do direito, trad. de Álvaro Cabral, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1965, p. 54.

de Júpiter. A decisão do legislador pressupõe uma opção entre projeções normativas preexistentes. O legislador, na verdade, não cria o direito, porém seleciona e confere dignidade vinculativa a preceitos dotados de virtude coercitiva. O direito não surge do nada. Por tal motivo, Luhmann afirma que "o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção", e que "ele vige por força dessa seleção a qualquer momento modificável". O direito é estatuído, o que envolve contingência, de modo que "o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência de sua contingência" (22). Interferindo, como interfere, na organização social, o direito não pode excluir a possibilidade de realizar mudanças sociais. A mudança social planejada permanece, portanto, na esfera das possíveis realizações práticas do direito, o que nos conduz aos domínios da política social (23).

III — Direito do Trabalho e Política Econômica Considerações sobre o Positivismo Jurídico.

No caso brasileiro, à luz dos novos preceitos constitucionais, será lícito afirmar que se tentou realizar alguma mudança social planificada? Não, nada disso. Nem passou tal idéia pela cabeça dos constituintes... Pretendeu-se apenas elevar a nível constitucional, por intermédio de normas tanto quanto possível auto-aplicáveis, garantias mínimas de proteção às classes trabalhadoras, assegurando-lhes direitos trabalhistas, assim individuais como coletivos, e prestações previdenciárias. Nada além disso.

Tratando-se da garantia de permanência no emprego, malogrou a tentativa de consagrar esse direito no texto da novel Carta Magna, porém não sem a realização de grandes debates, que precederam o acordo parlamentar do qual resultou a redação definitiva do dispositivo afinal adotado.

O esforço dos congressistas que apoiavam a reivindicação dos trabalhadores encontrou ferrenha resistência na organização das classes empresariais, amparadas por prestigiosos órgãos da imprensa e políticos "neutros". A campanha pela consagração da estabilidade revelou pelo menos duas características por parte daqueles que postulavam a regulação minuciosa do instituto no corpo da Constituição: 1ª — o desprezo pela vinculação existente entre o direito do trabalho e a situação política e econômica, em um dado momento histórico; 2ª — o apego ao positivismo jurídico. Desnecessário será esclarecer que, em momento algum, qualquer desses dados foi explicitado.

A romântica concepção de que o direito constitui mero produto histórico, surgido de modo inintencional do espírito do povo, e sem luta, foi ultrapassada no século XX pelos acontecimentos que determinaram a necessidade da intervenção do Estado no campo das relações econômicas e sociais. O direito também não surge de modo invariável e supranacional, como direito natural da razão. Essas teorias não passam de formosos sonhos. Segundo Gustav Radbruch, na teoria do espírito do povo, está presente o sonho do passado de uma idade de ouro fenecida e, nas teorias do direito natural, o espaço futuro de um reino ainda por nascer. O direito do presente, ao contrário, deriva não do sentir nem do pensar, mas sim do querer alheio ao sentimento e à razão, vale dizer, do interesse, em suma do poder (24).

O Direito do Trabalho cristaliza o resultado dessa evolução no plano das relações de produção econômica, por dirigir-se à regulação do conflito industrial e à institucionalização da luta entre interesses contraditórios do capital e do trabalho, no seio da empresa (25).

É inegável, como quer Javillier, que o Direito do Trabalho surge diretamente da expressão de interesses econômicos divergentes entre empregados e empregadores, que recorrem a processos de pressão bastante variados (26). Neste sentido, consoante observação de Günter Schaub, precisa ele contrabalançar interesses antagônicos e, por isso, em sentido amplo, constitui parte do direito econômico (27). Em conseqüência, deve necessaria-

---

(22) Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito, II, cit., p. 8-10.

(23) Para as quatro possíveis acepções da expressão **política social** (conceito filosófico, produto, processo e padrão para ação), Humberto A. Podetti. La política social, in Tratado de derecho del trabajo dirigido por Antonio Vasquez Vialard, t. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 395-396.

(24) Radbruch, Gustav. El hombre en el derecho, trad. de Anibal del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 33. Para a questão do conflito entre razão e querer na produção do direito, Giorgio Campanini. Ragione e volontà nella legge, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1965.

(25) Perante o regime capitalista, Franz L. Neumann justifica a existência do Direito do Trabalho, cujas normas traduzem ingerência na liberdade contratual e de indústria, pelo fato de que elas favorecem não somente os interesses da classe trabalhadora mas também os interesses do capitalismo: essas normas dispensam proteção aos trabalhadores mas ao mesmo tempo asseguram a estabilidade político-social do processo econômico (Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura, ed. italiana dirigida por Caetano Vardaro, Il Mulino, Bolonha, 1983, p. 131).

(26) Javillier, J.-C. Manuel de Droit du Travail, L. G. D. J., Paris, 1986, p. 24. No mesmo sentido, Francesco Galgano. Le istituzioni dell'economia capitalistica, 2.ª ed., Zanichelli, Bolonha, 1980, p. 225.

(27) Schaub, Günter. Arbeitsrechts-Handbuch, cit., p. 3. A frase é a seguinte: **"Insoweit muss das Arbeitsrecht die sich widersprechenden Interessen ausgleichen und ist es Teil eines Wirtschaftsrechts im weiteren Sinne".**

mente satisfazer às necessidades e às exigências da política social geral (28).

A partir da crise econômica que abalou o mundo em 1973, a dinâmica do Direito do Trabalho foi submetida a rudes provas, em toda parte. O expansionismo do caráter protecionista da legislação do trabalho, até então, acompanhava um progresso econômico constante. Eram anos dourados, de expansão e de segurança no emprego. Na expressão de Javillier, o "sempre mais" social (em favor do trabalhador) estava legado ao "sempre melhor" econômico (em favor do empregador) (29). Instalou-se, porém, a crise econômica. Foram postos em cheque os próprios fundamentos do Direito do Trabalho, tanto no que concerne à proteção dos trabalhadores quanto à disciplina das relações profissionais entre empregados e empregadores. O Direito do Trabalho deve traduzir seu **interesse comum**, ensejar a preservação dos empregos, salvar a empresa (Javillier).

No Brasil, os efeitos dessa transformação operada no mundo econômico e das relações de trabalho não foram logo sentidos. No capítulo específico da garantia de emprego, os anos 70 não experimentaram novidade, pois vinha da década anterior o regime do FGTS, que incrementava a rotatividade da mão-de-obra, fenômeno cujas indesejáveis conseqüências perduram até hoje. A campanha em prol da estabilidade, durante os trabalhos preparatórios da nova Constituição, ignorou, contudo, essa nova realidade social e econômica. Insistiam os adeptos do regime de permanência no emprego **à outrance** em consagrar a estabilidade no texto constitucional, sem levar em linha de conta sua adequação aos reclamos da política social e econômica geral.

Por outro lado, a campanha pelo reconhecimento constitucional da estabilidade revelava apego aos ditames do positivismo jurídico, embora seus adeptos nem sempre se dessem conta dessa preferência doutrinária. Prevalece entre nós, ainda, a noção de que o legislador tudo pode e de que cabe ao Estado resolver os problemas de todos, grupos, indivíduos, empresas ou organizações.

Não é possível ignorar que, através de sua evolução histórica, o Direito do Trabalho encontra expressão positiva em uma duplicidade normativa, projetada em um ordenamento heterônomo e outro autônomo. No Brasil, o primeiro tipo sobressai e prima sobre o segundo, a ponto de praticamente anulá-lo. Ocorre que essa evidência colide com a orientação geral apresentada pela disciplina nos últimos tempos, a qual poderia ser sintetizada na idéia de "crepúsculo do mito da soberania da lei", detectada por Merryman no estudo do direito italiano (30) e que corresponde a uma tomada de posição contra o positivismo legalista, revelada não só na ênfase sobre a criação extralegislativa do Direito mas também no abandono da tarefa de interpretação exclusivamente dogmática do preceito normativo (31).

A propósito de **positivismo jurídico**, vale lembrar, com Norberto Bobbio, que três são as formas pelas quais ele historicamente se apresenta: no vasto e complexo fenômeno do positivismo jurídico, podem ser individualizadas ora uma ideologia da justiça (uma ética), ora uma teoria geral do direito, ora um modo de entender a ciência jurídica (em sentido amplo, um método). No primeiro aspecto (enquanto ideologia), o positivismo jurídico se resolve, em última análise, na afirmação de que as leis devem ser cumpridas incondicionalmente, isto é, independentemente de seu conteúdo, pois existiria a obrigação moral de obedecer às lei válidas. No segundo aspecto (enquanto teoria geral do direito), o positivismo jurídico reduz o direito a direito estatal e este a criação do legislador. No terceiro aspecto (enquanto método), o positivismo jurídico é um modo de entender o estudo científico do Direito, assinalando à ciência do Direito a finalidade de considerar o Direito tal qual é, e não como deveria ser (32).

Importa aqui o segundo aspecto, que enfrenta a velha distinção entre uma concepção voluntarista (**ratione imperii**) e outra, racionalista (**imperio rationis**) do Direito. O positivismo jurídico representa o império da dogmática e do voluntarismo jurídico: entendido como expressão da vontade do Estado, pressupõe o dogma da supremacia da lei sobre as demais fontes e bem assim a aceitação da norma como imperativo indeclinável. Neste sentido, já que a expressão **positivismo jurídico** deriva de "direito positivo", tem-se que ele se identifica com o direito legislado (**diritto posto, gesetztes Recht**), ou seja, implica na concepção estatal do Direito, que considera jurídicas apenas as normas impostas pela vontade do Estado (33).

(28) Id., ib. Escreve Schaub: **"Insoweit muss das Arbeitsrech den Notwendigkeiten und Forderungen der allgemeinen Sozialpolitik genügen".**

(29) Javillier, J.-C. Ob. cit., p. 25.

(30) Merryman, John H. Lo "stile italiano": le fonti, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1967, p. 718.

(31) Giugni, Gino. "Prefazione" à obra de Maria Luisa de Cristofaro. La giusta retribuzione, Il Mulino, Bolonha, 1971, p. 8.

(32) Bobbio, Norberto. Giusnaturalismo e positivismo giuridico, **in** Rivista di Diritto Civile, ano VIII (1962), vol. I, Cedam, Pádua, p. 507-508.

(33) Caetano, Mario A. Positivismo giuridico, **in** Novissimo Digesto Italiano, XIII, UTET, Turim, 1966, p. 315-322. Para exame aprofundado do positivismo jurídico,

O declínio dessa doutrina acentuou-se após a Segunda Guerra Mundial, exatamente na Alemanha e na Itália, por força de derrocada do ordenamento jurídico vigente antes da reconstrução democrática. Assim é que, na Alemanha, a Constituição (1949) estabeleceu a igualdade de direitos entre homem e mulher e revogou toda a legislação contrária a este princípio de igualdade entre os sexos; durante muito tempo, não se cuidou de criar nova regulação condizente, de sorte que o direito de família se tornou, em larga medida, um direito "lacunoso", obrigando as decisões judiciais a preencherem o vazio legislativo (34). Na Itália, por não ter sido promulgada a legislação ordinária que desse atuação ao art. 39 da Constituição, pode dizer-se que o direito sindical se caracteriza pela peculiaridade de ser criado por juristas e juízes sobre a lição da viva experiência sindical (35) e, por também não ter sido editada a lei ordinária destinada a regular o artigo 36 da Constituição (que assegura ao trabalhador uma **remuneração suficiente**), o mesmo fato pode ser observado (36).

Assim, desenvolve-se a orientação ideológica e metodológica que, na luta contra o positivismo jurídico, privilegia não mais as normas gerais e abstratas impostas pela vontade do legislador onisciente e onipresente, mas as decisões judiciais (a ponto de se consagrar um verdadeiro "direito jurisprudencial") e bem assim as manifestações autônomas do acordo de vontades dos interlocutores sociais, isto é, as convenções coletivas de trabalho. Quanto a este último aspecto, na lição de Cataudella, pode ser aceita sem reserva a assertiva de que "a autarquia coletiva é fonte de regulamentação da relação de trabalho" (37). Na verdade, o exercício da autonomia coletiva dirige-se precisamente à regulação de uma série indefinida de relações individuais de trabalho pela realização do interesse coletivo, do qual são portadores os sindicatos.

Os sindicatos brasileiros, entretanto, fiéis ao autoritarismo e ao corporativismo (38), não se mostram (com algumas, porém marcantes exceções) permeáveis à filosofia de luta que os incita à atividade reivindicatória. Esperam encontrar a solução para os problemas das classes trabalhadoras no texto da Constituição... Esquecem de que, nos dias de hoje, não se pode esperar tudo **da lei** (mesmo que esta seja a Lei Maior), especialmente no campo das relações de trabalho, ante a relevante função histórica desempenhada pelas fontes autônomas do Direito do Trabalho. A convenção coletiva de trabalho exerce uma função **criadora** do direito, que tem sido praticamente negligenciada no Brasil. A filosofia do direito atual assinala que o homem contemporâneo não está mais disposto a aceitar a lei como fato, menos ainda a lei como comando. Ela pode — e deve — resultar do consenso dos vários segmentos sociais a que se aplica. O homem se dispõe a dar-lhe acolhida apenas enquanto valor, enquanto portadora de valor, já que a **pessoa** é o fundamento do direito: pessoa concreta, e não abstrata (39). Se a lei não preencher sua finalidade, se não for portadora de valor, cabe aos interessados buscarem formas de realização objetiva de seus legítimos interesses. Este, porém, já não é um problema jurídico...

IV — Estabilidade: Argumentos contrários e favoráveis.

O contrato de trabalho gera uma relação jurídica de trato sucessivo, ou de execução continuada. O sustento do trabalhador e de sua família depende de seu trabalho. O princípio de **continuidade** sintetiza esses dois fatos, indicando a neces-

---

nesta acepção, entre muitos: Karl Olivecrona. Law as fact, Stevens & Sons, Londres, 1971, p. 50 e segs.; Larenz, Karl. Richtiges Recht, Verlag C. H. Beck, Munique, 1979, p. 15 e 140; Avenarius, Hermann. Kleines Rechtswörterbuch, Herderbucherei, Freiburg, 1985, p. 324, verbete **Rechtspositivismus;** Larenz, Karl. Metodologia da ciência do direito, trad. de José de Souza e Brito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, **passim.** Para crítica do positivismo jurídico e suas implicações sociais, Michel Miaille. Uma introdução crítica ao Direito, cit., p. 280 e segs.; Kaufmann, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, **in** A. Kaufmann — W. Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, C. F. Müller, Heidelberg, 1985, p. 76; Henkel, Heinrich. Introducción a la filosofía del derecho, trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Taurus, Madrid, 1968, p. 616-639; Bodenheimer, Edgard. Ciência do direito, trad. de Enéas Marzano, Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 109 e segs.; Roberto Lyra Filho. Direito do capital e direito do trabalho, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1982, **passim.** Para crítica do positivismo à luz do Direito do Trabalho, Tarso Genro. Introdução à crítica do Direito do Trabalho, LPM Editores, Porto Alegre, 1979, p. 96 e segs.; Carlos Artur Paulon. Direito alternativo do trabalho, LTr, São Paulo, 1984, p. 22 e segs.

(34) Engisch, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, trad. de J. Batista Machado, 5.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, p. 223.

(35) Cesari, Aldo. Poteri creativi della giurisprudenza e "natura dei fatti" nel diritto sindicale, **in** Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile, ano XXIII (1969), Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, p. 22.

(36) Cristofaro, Maria Luisa. La giusta retribuzione, cit., p. 15-16.

(37) Cataudella, Antonino. Adesione al sindicato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro, **in** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1966, p. 545.

(38) Romita, Arion Sayão. Temas de Direito Social, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1984, p. 94.

(39) Campanini, Giorgio. Ragione e volontà nella legge, cit., p. 288 e 291.

sidade assim jurídica como econômica de **permanência ou estabilidade** da relação de emprego (40).

Esse princípio geral não afasta, porém, dadas circunstâncias em que a relação de trabalho se extingue. São três: a) circunstâncias objetivas (exemplo típico: morte do empregado); b) declaração de vontade do trabalhador (conclusão inversa conduziria à escravidão); c) declaração de vontade do empregador (o interesse da empresa, apoiado na projeção do direito de propriedade sobre as relações humanas, autoriza a ruptura do vínculo).

A evolução econômica, social e jurídica do regime de dispensa mostra que um sistema puramente indenizatório ou de compensação do tempo de serviço não satisfaz. Os trabalhadores de idade madura e todos os trabalhadores, em períodos de recessão econômica, deparam dificuldades para conseguir nova colocação. O recebimento de uma soma em dinheiro nunca representa para o trabalhador garantia equivalente à conservação do emprego. A idéia liberal de **livre despedida** vem sendo substituída, em quase todos os países, pela de **dispensa proibida** ou, pelo menos, de **dispensa controlada** (41). Daí a noção de **estabilidade**, definida como garantia de permanência no emprego assegurada a certos tipos de empregados e consistente na vedação de dispensa, ressalvados os casos expressamente previstos. A extinção do vínculo depende de causas objetivas ou da vontade do empregado, e só excepcionalmente da do empregador. A dispensa arbitrária obriga o empregador a reintegrar o empregado, a menos que este prefira receber a indenização (ou levantar o depósito bancário correspondente à compensação do seu tempo de serviço).

Os fundamentos da estabilidade residem, portanto, em princípios de justiça social e constituem mero corolário do **direito ao trabalho** (42), reconhecido por grande número de Constituições, em vigor no mundo inteiro, como direito fundamental incluído nas grandes declarações de direitos sociais. Sua finalidade **imediata** é dar ao trabalhador segurança no presente, garantindo-lhe o emprego (com ressalva de casos excepcionais); a **mediata**, atribuir certeza quanto ao futuro, atuando também como condição de eficácia do exercício de outros direitos e encadeando-se com a previdência (ou segurança) social.

O direito de estabilidade constitui objeto de largos debates quer no terreno doutrinário quer no dos fatos. Assim no exterior como no Brasil, ele tem suscitado condenação acirrada, à qual se opõe defesa apaixonada (43) (44).

Os argumentos contrários à estabilidade podem ser assim classificados: a) argumentos econômicos; b) argumento jurídico; c) argumentos práticos.

Dois são os principais argumentos apresentados pelos economistas contra a estabilidade: 1º — a estabilidade entrava o desenvolvimento econômico; 2º — a estabilidade atenta contra a liberdade (como expressão de neoliberalismo). A dou-

(40) Américo Plá Rodríguez afirma que a principal expressão do princípio de continuidade é a resistência a que o empregador possa interromper o contrato por sua própria vontade (Los principios del Derecho del Trabajo, Montevidéu, 1973, p. 160). Almansa Pastor conceitua a despedida como "anomalia jurídica" (El despido nulo, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, p. 9).

(41) Romita, Arion Sayão. Temas de Direito Social, cit., p. 175-177.

(42) Romita, Arion Sayão. Contrato de trabalho, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1978, p. 44 e segs.; Romita, Arion Sayão. Direito do Trabalho — estudos, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1981, p. 143.

(43) Katz, Ernesto R. La estabilidad en el empleo y otros estudios de Derecho del Trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 1-33; Pistone, Mateo Juan. Derecho a la estabilidad de los trabajadores dependientes, Ediar, Buenos Aires, 1965; De la Fuente, Horacio Hector. Principios jurídicos del derecho a la estabilidad, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1976; Ermida Uriarte, Oscar. La estabilidad en la empresa — proteción real o ficticia? Acali Editorial, Montevidéu, 1983; Malhadas, Julio Assumpção. Estabilidade, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, Curitiba, 1966; Catharino, José Martins. Em defesa da estabilidade, LTr, São Paulo, s/data; Cesarino Júnior. A. F. Estabilidade e fundo de garantia, Forense, Rio de Janeiro, 1968; Russomano, Mozart Victor. A estabilidade do trabalhador na empresa, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1970; Souto dos Santos, Ely. O fundo de garantia como superação da estabilidade, LTr, São Paulo, 1977; Rocha, Paulo Santos. Optantes e estáveis, LTr, São Paulo, 1981; Ruprecht, Alfredo J. La estabilidad en Latino-américa, in Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, p. 641-650; Barros Jr., Cassio de Mesquita. Limitações ao direito de despedir, in Tendências do Direito do Trabalho contemporâneo (homenagem ao Prof. Cesarino Jr.), II, LTr, São Paulo, 1980, p. 367-377; Javillier, Jean-Claude. Una nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations), in Tendences du Droit du Travail contemporain — études offertes à G. H. Gamerlynck, Dalloz, Paris, 1978, p. 101-145; Saad, Eduardo Gabriel. A Constituinte e a estabilidade no emprego, in LTr, vol. 52 (fevereiro de 1988), p. 135-147; Teixeira Filho, João de Lima. Algumas considerações sobre o ingresso da garantia do emprego e da jornada de trabalho na Constituição Federal, in LTr, vol. 52 (fevereiro de 1988), p. 153-156.

(44) Cabe acrescentar sumária bibliografia sobre o fundo de garantia do tempo de serviço, na qual se encontram necessariamente referências à estabilidade: Chiarelli, Carlos Alberto G. Teoria e prática da nova lei de estabilidade, Edição Sulina, Porto Alegre, 1967; Sampaio, Aluysio. Fundo de garantia do tempo de serviço e estabilidade com indenização, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971; Bonfim, B. Calheiros. Fundo de garantia, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1979; Ferrante, Vera Lúcia B. FGTS: ideologia e repressão, Editora Ática, São Paulo, 1978; Macedo, Roberto Brás Matos — Chahad, José Paulo Z. FGTS e a rotatividade, Nobel, Min. do Trabalho, 1985.

trina do crescimento econômico afirma que o desenvolvimento contém a solução de todos os problemas e, em conseqüência, devem ser afastados os obstáculos a ele contrapostos. Não se demonstrou, porém, que a estabilidade se opõe ao desenvolvimento; além disso, é fácil verificar que o crescimento econômico não beneficia, pelo menos de modo igualitário, todas as camadas sociais, deixando à margem, justamente as classes trabalhadoras, às quais interessa a estabilidade; finalmente, cabe observar que o desenvolvimento não pode ser concebido como valor absoluto, não encerra um fim em si: afinal, desenvolvimento para quê, e para quem?! O neoliberalismo preconiza, em matéria econômica, a maior liberdade, contra a qual a estabilidade representaria pecado capital; por outro lado, o excesso de proteção acabaria prejudicando os trabalhadores, já que a eliminação das restrições ensejaria a criação de novos empregos. Não se fez, porém, demonstração alguma da tese. A restrição à liberdade é a tônica da idade contemporânea, e nem por isso a livre iniciativa deixou de se expandir no regime capitalista de produção; por outro lado, nenhum estudo sério convence de que a criação de novos empregos depende da redução dos benefícios trabalhistas.

O argumento jurídico aponta para a reintegração no emprego: a obrigação do empregador, de reintegrar o empregado, não poderia constituir objeto de execução forçada **in natura** porque, sendo obrigação de fazer, deve resolver-se em perdas e danos (convertidos em pagamento de mera indenização, ou fundo pecuniário equivalente). Em primeiro lugar, o argumento perde muito de sua força, se se entender que, uma vez assegurada ao empregado a opção entre o cumprimento do contrato pelo empregador e o recebimento da indenização, nem sempre ocorreria a reintegração; em segundo lugar, a reintegração não se caracteriza propriamente como obrigação de fazer: antes, constitui **obrigação de não fazer**, pois o empregador deve limitar-se a ensejar ao empregado o acesso ao lugar de trabalho; em terceiro lugar, caberia a aplicação de meios cominatórios, como as **astreintes** do direito francês, que poderiam ser de grande utilidade, se bem utilizadas.

Objeções práticas têm sido levantadas contra a estabilidade: a) possibilita fraudes, pelas quais o empregado recebe indenização e é readmitido; b) o empregado estável diminui o rendimento ou passa a revelar mau comportamento; c) as empresas reduziriam a admissão de novos empregados, com obstáculo à entrada dos jovens no mercado de trabalho; d) a estabilidade prejudicaria os trabalhadores menos qualificados; e) as empresas dificultariam as promoções e o acesso profissional de seus empregados. Nenhum desses argumentos, porém, resiste a uma reflexão mais profunda. Se, realmente, o instituto apresenta algumas falhas — e qual não as apresenta? — tal fato não constitui, por si só, motivo de rejeição: basta corrigir as imperfeições e coibir os abusos, nos casos concretos ocorrentes. As fraudes podem ser sancionadas por multas administrativas; além disso, a jurisprudência dos tribunais do trabalho consagraria as melhores soluções jurídicas, como ocorre, por exemplo, com o Enunciado nº 20 da Súmula do TST. A redução do rendimento e a má conduta do empregado constituem motivos justificados para a dispensa; em caso de reclamação trabalhista do empregado despedido, o empregador provaria tais fatos e o pedido de reintegração seria julgado improcedente. As dificuldades encontradas pelos jovens para a obtenção do primeiro emprego já existem atualmente, sem que se possa atribuir esse fato à estabilidade. Não há prova de que a estabilidade prejudique os trabalhadores menos qualificados e só os maus empregadores (constituem exceção, nunca a maioria) oporiam entraves ao aperfeiçoamento profissional de seus empregados; antes pelo contrário, o interesse patronal está no aperfeiçoamento de seus colaboradores, em benefício da própria produção; por outro lado, deve ser introduzido no Brasil o sistema de formação profissional contínua, instituto ainda desconhecido entre nós, embora praticado com bons resultados em muitos países.

Os argumentos favoráveis à estabilidade defluem, afinal, da própria refutação dos argumentos a ela contrários. Podem, também, ser classificados em 1º — econômicos; b) jurídicos; c) práticos.

Quanto aos argumentos econômicos, a OIT tem salientado que a proteção contra a despedida arbitrária pode ser adotada tanto em países desenvolvidos como nos países em vias de desenvolvimento (45). Além disso, constituindo a estabilidade meio efetivo de integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, o empregado estável, sentindo-se seguro, só terá motivos de colaborar decididamente com o empregador. Acresce que, uma vez adotada a participação do trabalhador na gestão da empresa (outra medida que deve ser preconizada), desapareceriam os riscos de se aprofundar o antagonismo inerente ao conflito industrial: concepção oposta implicaria em deslocar para o setor dos trabalhadores o risco do empreendimento. o que contraria a essência da relação empregatícia.

---

(45) OIT. Terminación de la relación de trabajo — Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, Informe III, Parte 4B, 1974, p. 94.

O argumento jurídico já foi exposto e se resume na consagração do direito ao trabalho e na aplicação do princípio de continuidade da relação de emprego.

Quanto aos argumentos práticos, vale lembrar que a estabilidade não pode ser eficazmente substituída por qualquer outro instituto, menos ainda pelo levantamento de um depósito bancário que recompense o tempo de serviço: não há dinheiro que valha a perda do emprego! A estabilidade, garantia da antigüidade, gera novos direitos e representa condição do eficaz exercício de outros, notadamente a de postular judicialmente a reparação de violações legais ou contratuais praticadas pelo empregador.

A evolução do instituto da dispensa mostra que, da fase do liberalismo e do individualismo jurídico (na qual inexistia qualquer limitação ao arbítrio patronal) passa-se, por estágios intermediários, à moderna concepção da dispensa justificada ou dispensa sob controle.

A 67ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1982, aprovou a Convenção nº 158, sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, complementada pela Recomendação nº 166, a qual, por seu turno, substitui a Recomendação nº 119, de 1963. Estudos de direito comparado realizados pela OIT concluíram que "a legislação em matéria de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador mudou radicalmente em muitos países. Deixou de consistir essencialmente em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que se tornam indevidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a constituir o centro jurídico das análises e decisões dos tribunais, principalmente em virtude do freqüente apelo a sua proteção por parte de trabalhadores que entendem ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o princípio da justificação se converteu no fundamento da legislação de muitos países sobre o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, dando origem a um complexo campo de estudos jurídicos, enquanto as regras sobre períodos de aviso prévio e pagamento de indenização perderam certa importância" (46).

A Convenção nº 158 dá agasalho ao princípio de justificação da dispensa em seu artigo 4º: "Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador, a menos que exista uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço" (47). Como se vê, a OIT emprega o método de **proibir** a dispensa arbitrária: não se dará fim à relação de trabalho...

V — Crise econômica e flexibilização do direito do trabalho.

A argumentação acima exposta, em seus aspectos favoráveis e contrários à estabilidade, desenvolve-se exclusivamente no plano especulativo. Os debatedores não se dão conta de que tema dessa natureza não pode ser explanado com abstração da realidade histórica, econômica, social e cultural. Nunca será demais lembrar que o conteúdo da relação de trabalho — **y compris** a garantia de permanecer no emprego — não cessa de evolucionar sob a pressão dos fatores econômicos, ou antes, do sistema de valores históricos e culturais da sociedade. O Direito do Trabalho, como sustenta Pierre Morville, constrói-se sobre uma realidade mutável e é diretamente influenciado pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais, enfim, pela relação de forças existentes entre os interlocutores sociais (48). Essas considerações explicam os motivos pelos quais, no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, a estabilidade no emprego encontrou fortíssimas resistências: segundo a atual correlação de forças sociais no Brasil, é fora de dúvida que a balança pende claramente para o lado do prato em que se instala o poder empresarial, mais nutrido ainda pelo fomento que recebe do Estado (49).

A observação, no plano comparativo, do incremento protecionista experimentado pela legislação do trabalho, principalmente nas décadas de 50 e 60, enseja a ilação de que medidas de proteção produzem às vezes "efeito bumerangue", ou seja, por ocasionarem aumento de custas para o empresário, voltam-se contra aqueles que pretendiam beneficiar e, na verdade, os prejudicam. Esse fato ocorre na República Federal da Alemanha, onde

(46) OIT. Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador — Conferência Internacional del Trabajo, 67.ª Reunión, 1981, Informe VIII (1), Genebra, 1980, p. 7.

(47) Para estudo aprofundado do assunto, Arnaldo Süssekind. A convenção da OIT sobre despedida arbitrária, in LTr, vol. 46, n.º 12 (dezembro de 1982), p. 1427-1434.

(48) Morville, Pierre. Les nouvelles politiques sociales du patronat, Editions La Découverte, Paris, 1985, p. 17.

(49) Não se trata de fenômeno exclusivamente brasileiro, mas inerente ao regime capitalista. Só a eficiência empresarial justifica as funções próprias do Estado como fator estrutural da acumulação capitalista. Já se falou em "privilégio de veto conferido à empresa" e parece natural que, num sistema de mercado, seja protegido o direito da empresa de dizer **não** ao Estado. Para o tema, Massimo Morisi. Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una constitución de la crisis, in La Constitución española de 1978 — estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría, 2.ª ed., 2.ª reimp., Civitas, Madrid, 1984, p. 420.

os empregadores, diante da proteção outorgada pela **Kündigungsschutzgesetz** (lei de proteção contra a despedida), preferem exigir horas extraordinárias de trabalho a admitir novos empregados (50), e também na Espanha, relativamente às leis que protegem o trabalho da mulher e a maternidade (51). No Brasil, durante os trabalhos preparatórios do texto da nova Constituição, as lideranças empresariais mostraram-se pródigas na divulgação, por todos os meios ao seu alcance, de ameaças desse tipo... Inegavelmente, a hiperestesia negativa demonstrada pelos próceres da alta indústria, do comércio e das finanças ante a possível adoção do princípio de estabilidade no corpo da Lei Maior em muito influenciou a ANC em sentido contrário a essa tendência.

Não só esses fatores contribuíram para a solução negativa que afinal prevaleceu. Também concorreu, e em larga escala, a crise econômica que assola o País — por que não dizer? — como reflexo da crise econômica que afeta o mundo ocidental.

A propósito dos efeitos da crise sobre a legislação do trabalho e, especialmente, sobre a liberalização da dispensa do empregado, o exemplo da Espanha é paradigmal.

A Lei de Relações de Trabalho, de 1976, foi promulgada na seqüência de alguns anos de pleno emprego, espelho do largo período de expansão das economias ocidentais. Essa lei seguia a tendência a consolidar a estabilidade no emprego, como ocorria na Europa desde o término da Segunda Guerra Mundial, sem oposição dos empresários. Cedo, porém, os efeitos da crise econômica se projetaram sobre o nível de emprego e logo se iniciou o debate sobre a vigência do princípio da estabilidade, a validade da defesa **à outrance** da permanência no emprego e a compatibilidade desse princípio com o próprio sistema capitalista de produção em sua fase atual. A defesa sindical da estabilidade começou a fraquejar por força da dialética registrada entre trabalhadores empregados e trabalhadores desempregados. Generalizou-se a convicção de que seria necessário devolver a saúde econômica às empresas, reduzindo os condicionamentos que tolhem a ação livre das regras econômicas e atribuindo ao Estado o encargo de assegurar a satisfação da generalizada demanda de segurança. Por essa tarefa não poderiam responder as empresas, unidades econômicas que devem seguir suas próprias leis de funcionamento...

Ainda no mesmo ano de 1976, o Decreto-Lei nº 17, sobre medidas econômicas, suspendeu a vigência do dispositivo legal que assegurava a reintegração no emprego àqueles que tivessem sido arbitrariamente despedidos e autorizou a contratação temporária **ad libitum** não excedente de seis meses. Os Pactos de la Moncloa, firmados pelos partidos políticos em 1977, lograram o apoio das forças de esquerda a uma estratégia de limitação do movimento operário por dois caminhos: supressão relativa da estabilidade no emprego mediante estímulo aos contratos de trabalho temporários e contenção dos aumentos de salário na negociação coletiva (52). O Estatuto dos Trabalhadores, de 1980, dispõe no artigo 56 que, mesmo nos casos de dispensa improcedente, o empregador pode optar entre a readmissão do empregado e o pagamento de uma indenização. A condenação, mesmo na dispensa improcedente, é portanto sempre alternativa (readmissão ou indenização), cabendo ao empregador manifestar sua opção perante o juiz do trabalho (53). A Constituição, de 1978, além de consagrar **o direito ao trabalho** (artigo 35.1), proclama o princípio da **liberdade de empresa** (artigo 38), o que leva a doutrina a reconhecer que estão nas mãos da iniciativa privada tanto a criação de novos empregos quanto a conservação dos existentes (54), embora seja admissível a acolhida, pela legislação ordinária, do conceito de **dispensa motivada**, já que a noção de direito ao trabalho dificilmente pode conciliar-se com sistemas de liberdade "selvagem" de despedir, ou seja, liberalização indiscriminada do direito de dispensa. (55).

A evolução legislativa espanhola, na feliz síntese de Manuel Alonso Garcia, mostra que a preocupação por **manter** o emprego — que constitui

---

(50) Von Stetten, Wolfgang. Was regelt das Arbeitsrecht?, Gabler, Wiesbaden, 1987, p. 25.

(51) Rodríguez-Piñero, Miguel. Discriminación y crisis económica, **in** El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, p. 68.

(52) Durán López, Federico. El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido, **in** El Derecho del Trabajo en España (direção de Luis Enrique de la Villa Gil e Juan Antonio Sagardoy Bencoechea), I, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1981, p. 359 e segs.; Ojeda Avilés, Antonio. El final de un "principio" (la estabilidad en el empleo), **in** Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Professor Gaspar Bayón Chacón, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 67 e segs.

(53) Alonso Oléa, Manuel. El Estatuto de los trabajadores — texto y comentario breve, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 196.

(54) Martin Valverde, Antonio. Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la constitución española, **in** Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 198.

(55) Rodríguez-Piñero, Miguel. Presentación: el trabajo en la Constitución, **in** Los trabajadores y la Constitución, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980, p. 25-26.

inquietação individual, não tanto objetivo político — foi superada pela de **criar novos empregos** que possam agir em duplo sentido: a) como medidas de permutação para aqueles que por causas alheias à sua vontade perderam o emprego; b) como oferta formulada a quem procura o primeiro emprego (56).

Fala-se, hoje em **crise econômica** e **em crise do Direito do Trabalho.** Que quer dizer **crise?** Elucida Habermas que, antes do seu uso como termo científico-social, o conceito de crise nos era familiar conforme seu uso médico: designa a fase de uma doença na qual se reconhece que os poderes do organismo não são suficientes, por si sós, para recobrar a saúde. Associa-se à crise a idéia de uma força objetiva, que priva o sujeito de alguma parte de sua capacidade normal. Hoje, nas ciências sociais, usa-se freqüentemente um conceito teórico sistêmico de crise. Em perspectiva sistêmica, "as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema" (57).

O conceito de crise não é estranho ou desconhecido do Direito do Trabalho. A **crise econômica** já recebeu até mesmo o apelido de "companheiro de viagem histórico do Direito do Trabalho" (Palomeque López) e Antoine Jeammaud alude a seu "companheirismo histórico" com o Direito do Trabalho (58). Em 1933, Hugo Sinzheimer publicou um artigo de revista intitulado precisamente "A crise do Direito do Trabalho" (59). Não há, portanto, novidade alguma no estudo do Direito do Trabalho em face da crise econômica. Antes, o que surpreende é que se estude o Direito do Trabalho como se constituído por um conjunto de normas destinadas a reger institutos fixos e imutáveis no tempo e no espaço, verdadeiras categorias universais produzidas pela razão, isentas de influência da história e dos fatores culturais encontrados na sociedade!

Qual é a resposta do Direito do Trabalho ao desafio da crise econômica e do desemprego? Esclarece Mário Pinto: "A questão global que se põe é a de garantir condições de ocupação à generalidade das pessoas que o pretendem. A este propósito, a tese do pleno emprego, que vinha sendo pacificamente aceita como objetivo de política jurídica e social, tende a ser substituída por um objetivo e um conceito mais abrangente: o de **ocupação.** Incluem-se neste conceito não apenas os empregos a que ainda vamos chamando típicos, mas toda uma diversificada série de formas de ocupação laboral, desde o trabalho autônomo, passando pelas formas de emprego ditas atípicas até a própria laboralização do trabalho familiar" (60).

Até o início da década de 70, na Europa, vivia-se a "era feliz". Eram os "anos de ouro" de expansão econômica, de pleno emprego, de incremento à atividade protecionista da legislação do trabalho (61). O Direito do Trabalho se expandia em sentido pessoal, alcançando número cada vez maior de sujeitos protegidos; em sentido territorial, porque ampliava o âmbito geográfico de aplicação de suas normas; e em intensidade de benefícios, pela constante criação de novos direitos em favor dos trabalhadores. A forma de emprego normal, ou clássica, poderia ser assim descrita: tratava-se de contrato por tempo indeterminado (os contratos por prazo certo constituíam exceção, de inerpretação estrita); o empregado era admitido por um único empregador para prestar serviços em tempo integral, em um só local de trabalho; o empregado podia fazer carreira na empresa, como su-

(56) Alonso Garcia, Manuel. Epílogo, **in** El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, cit., p. 439.

(57) Habermas, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio, trad. de Vamireh Chacon, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980, p. 11-13. Para visão da crise como produto das modernas concepções do Estado-Providência e de economia mista, Lepage, Henri. Demain le libéralisme, Hachette, Paris, 1980, p. 457-467.

(58) Jeammaund, Antoine. Reformas laborales y democracia industrial en Francia, **in** La tutela de la liberdad sindical — Las competencias de la comunidad autónoma de Andalucía en materia laboral — III Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 34.

(59) Sinzheimer, Hugo. Die Krisis des Arbeitsrechts, trad. italiana em E. Frankel **et alii.** Laboratorio Weimar (a cura di Gianni Arrigo), Edizioni Lavoro, Roma, 1982, p. 79 e segs.

(60) Pinto, Mario. Garantia do emprego e a crise econômica, **in** Leopoldianum — Revista de Estudos e Comunicações, n.º 37, Edições Loyola, Santos, 1986, p. 9. Nessa linha de raciocínio, afirma Guillermo López Guerra que "o direito **ao trabalho** é mais importante que o direito **do trabalho"** (Reivindicación del Derecho del Trabajo bajo un neolaboralismo institucional, **in** Universidad Externado de Colombia. Homenaje a Mozart Victor Russomano, Caracas, 1985, p. 201). Para as diferentes modalidades de trabalho atípico, inclusive o trabalho de tempo parcial, o trabalho em domicílio, o teletrabalho, o trabalho clandestino e o ilegal, vd. os preciosos estudos publicados **in** Droit Social, nº 7-8, julho-agosto de 1981 e Efrén Córdova. De l'emploi total au travail atypique: vers un virage dans l'évolution des relations de travail, **in** Revue Internationale du Travail, vol. 125, nº 6, novembro/dezembro de 1986, p. 715-733.

(61) Alonso Oléa, Manuel. Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis y al cambio tecnológico, **in** Derecho Laboral, n.º 145, janeiro/março de 1987, Montevidéu, p. 118.

cede no serviço público, e percebia uma remuneração regular, ao abrigo de incertezas (62).

O trabalho, porém, tornou-se um "bem escasso". A revolução tecnológica e o aumento da produtividade dela derivado suprimiram empregos (63). A inflação — método tão perverso quanto eficiente de reduzir o montante real dos salários — passou a aliviar o custo da força de trabalho em benefício das empresas, especialmente as grandes e as multinacionais, logo as de maior peso específico na condução da política econômica do Estado.

No Brasil, essa evolução se faz sentir, embora não necessariamente com observância das mesmas datas nem com a mesma intensidade. As características básicas, porém, são sem dúvida as mesmas. Em nosso caso, cabe acrescentar os efeitos maléficos da dívida externa: o pagamento do chamado "serviço da dívida" (juros, comissões, seguros) exige sempre crescentes **superávits** comerciais, transformados em verdadeira obsessão no setor econômico do Governo. Também aqui não há novidade: em 1932, Otto Kahn-Freund publicou um estudo no qual apontava o expediente de reduzir salários como manobra apta a incrementar as exportações (64). **Nihil novi sub sole**... Os produtos nacionais perdem em qualidade, na competição internacional; só se impõem pelo preço inferior. E o preço menor do produto depende, além dos incentivos governamentais, do menor custo da produção. Os salários constituem parcela importante na formação do preço dos produtos. Logo, torna-se indispensável reduzir salários para garantir a competividade dos manufaturados brasileiros no mercado internacional. Por outro lado, a redução do montante real dos salários afeta o poder de compra de boa parte da população, ensejando a formação de excedentes exportáveis. Realmente, sob certa ótica, não há dúvida de que "exportar é a solução"...

Diante dessa nova realidade, a palavra-chave do discurso econômico e social dos últimos anos é a **flexibilidade** do mercado de trabalho. Novamente deparamos questão semântica: o conceito de flexibilidade está longe de ser unívoco e todos — governos, empresários, sindicatos de trabalhadores — o manejam de acordo com seus propósitos específicos (65). Todos, de modo geral, o admitem, porque ninguém deseja aparecer como defensor do contrário, ou seja, da inflexibilidade. Que medidas, contudo, devem traduzir essa flexibilidade, com repercussão sobre as normas de Direito do Trabalho? Basicamente, podemos afirmar que a flexibilidade concerne às formas de contratação, à duração do trabalho, às normas sobre execução do contrato, à disciplina dos salários, à negociação coletiva e, sobretudo, ao regime de dispensa (66). O objetivo — geralmente aceito sem discrepâncias dignas de nota — seria o de ampliar a produtividade das empresas. O aumento da produtividade pode ser direto, quando resulta de produção adicional por empregado, ou indireto, quando deriva de maior flexibilidade no trabalho (67).

O primeiro tema visado pela necessidade de flexibilizar a legislação do trabalho foi a presunção de duração indefinida dos contratos. Novas formas de contrat de trabalho surgiram: trabalho precário, trabalho por tempo parcial, contrato de substituição (em espanhol: **contrato de relevo**, consistente na redução da jornada de um empregado prestes a aposentar-se com a conseqüente admissão de um desempregado para o período re-

(62) Lyon-Caen, Gérard. La crise du droit du travail, **in** In memoriam Sir Otto Kahn-Freund, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, Munique, 1980, p. 517; Javillier, Jean-Claude. Sécurité de l'emploi et crise économique: élémente pour une réflexion critique, **in** Leopoldianum, cit., p. 60.

(63) Para a influência da automação sobre o desemprego e a estabilidade no emprego, Teodosio A. Palomino Ramírez. La automación y el desempleo, **in** Revista Jurídica do Trabalho, n.º 1, abril/junho de 1988, p. 77-83.

(64) Kahn-Freund, Otto. Il mutamento della funzione del diritto del lavoro, **in** Laboratorio Weimar, cit., p. 236.

(65) Para as diferentes perspectivas — de governos, de empregadores e de sindicatos — pelas quais é encarado o fenômeno da flexibilidade, John Atkinson. Employment flexibility in internal and external labour markets, **in** Neue Arbeits — und Tatigkeitsformen, Anais do colóquio realizado em Bruxelas em 25-4-1986 pela Europaische Stiftung zur Verbesserung der Lebens — und Arbeitsbedingungen, p. 6-7.

(66) Hoyos, Arturo. La flexibilización del Derecho Laboral tradicional: tendencias internacionales recientes, **in** Derecho Laboral n.º 147, julho-setembro de 1987, p. 519. Ainda para a flexibilidade do trabalho, em três domínios relevantes (modulação dos horários, diversificação dos locais de trabalho e ordenação das atividades), Drancourt, Michel. La fin du travail, Hachette, Paris, 1984, p. 92-105. Para as várias "flexibilizações" em que se desdobra a flexibilização (flexibilização do salário, flexibilidade do tempo de trabalho, flexibilidade dos efetivos da empresa, flexibilização funcional da mão-de-obra e flexibilização da própria organização produtiva), Jorge Leite. Técnicas modernas de garantia do emprego, **in** Revista Jurídica do Trabalho, n.º 1, abril/junho 1988, p. 21-27. Para a flexibilização do tempo de trabalho, Heinz Allenspach. El horario flexible, Oficina Internacional del Trabajo, Genebra, 1975; e Rolande Cuvillier. Vere la réduction du temps de travail? Bureau Internacional du Travail, Genebra, 2.ª imp., 1982.

(67) Rojot, J. The attitudes of employers and trade unions towards the quality of working life movement, **in** R. Blanpain (editor). Comparative Labour Law and Industrial Relations, 3.ª ed., Kluwer, Deventer, 1987, p. 301.

manescente), contrato por prazo determinado, contrato de emprego partilhado etc. (68) (69).

Fácil é perceber que essa tendência à segmentação do mercado de trabalho, gerando novas formas de disciplina do contrato de trabalho (modalidades de tempo parcial empregos provisórios ou interinos e temporários), abala a segurança do emprego (70). Dar ao empregador liberdade para renovar o quadro de pessoal, sempre com salários inferiores em cada nova admissão, certamente contribui para incrementar a lucratividade e ensejar novos investimentos (71). Estes deverão gerar novos empregos. A conservação dos salários em níveis baixos provoca a contração da demanda interna, com reflexos na capacidade de exportação, que tende a crescer em atenção às exigências do "serviço da dívida externa".

É usual a distinção entre estabilidade **no trabalho**, estabilidade **na empresa** e estabilidade **no emprego** (72). A tendência internacional se orienta no sentido de privilegiar a primeira modalidade em detrimento das duas últimas. Entidades de trabalhadores reagem contra essa orientação, por certo. Não que sejam contrárias à flexibilidade, porém mostram-se favoráveis a uma concepção **positiva** de flexibilidade, que não seja equivalente **a desregulação**. Propõem, entre outras medidas, privilegiar a flexibilidade **interna** (remanejamento do tempo de serviço, restruturação dos empregos etc.) em oposição à flexibilidade **externa** (dispensa, trabalho temporário etc.) (73). Os trabalhadores não se acham, de modo algum, persuadidos de que devam aceitar sacrifícios aparentemente inevitáveis para garantir a longo prazo o emprego e condições de trabalho satisfatórias. O desemprego torna obrigatória a adoção de medidas penosas para aqueles que sofrem seus efeitos. A regra a ser aplicada consiste simplesmente em partir e repartir mais amplamente os custos da adaptação. Esta regra, no fundo, reverencia o princípio de eqüidade, pois o conjunto da sociedade beneficia-se dos resultados da mudança e é natural que o Estado suporte os custos transitórios decorrentes da aplicação dessas medidas (74).

As noções acima expostas, sobre os reflexos da crise econômica e os efeitos da flexibilidade do mercado de trabalho sobre a legislação trabalhista, não foram debatidas com preocupação dogmática durante os trabalhos de redação do novo texto constitucional. Estavam, porém, implícitas em inúmeras manifestações, principalmente de empresários e de parlamentares ligados às lideranças patronais. Sem dúvida alguma, exerceram influência sobre o resultado negativo apresentado no texto final aprovado pelo Plenário da ANC.

---

(68) Suárez González, Fernando. Tendencias del Derecho del Trabajo en cuanto a la garantía del empleo, **in** Derecho Laboral, n.º 145, cit., p. 108-110. Para o direito francês, sob o título "precariedade do emprego (mobilidade do trabalho)", G. H. Camerlynck-Gérard Lyon-Caen — Jean Pélissier. Droit du Travail, 13.ª ed., Dalloz, Paris, 1986, p. 121-125. Para a evolução legislativa italiana, F. Carinci — R. de Luca Tamajo — P. Tosi — T. Treu. Diritto del Lavoro, 2, Il rapporto di lavoro subordinato, UTET, Turim, 1986, p. 71-75; significativas, a respeito, são as leis italianas promulgadas nos anos de 1977 e 1978: vd. Maresca, Arturo. Le innovazioni legislative in tema di contrati a termine, **in** diritto del lavoro nell'emergenza, Jovene Editore, Nápoles, 1979, p. 373 e segs.; para a perspectiva atual, Nicolini, Giovanni. Lavoro a tempo parziale, Giuffrè Editore, Milão, 1988. Para os contratos a termo do direito português, Antonio de Lemos Monteiro Fernandes. Noções fundamentais de Direito do Trabalho, I, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 1986, p. 221-232. Para o direito uruguaio, Ermidia Uriarte, Oscar — Amegilio, Eduardo J. Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas, **in** Derecho Laboral nº 140, outubro-dezembro de 1985, p. 537-585. Ainda para o direito espanhol, Durán López, Federico. El trabajo temporal (La duración del contrato de trabajo), Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980; Rodríguez-Piñero, Miguel. Derecho del Trabajo y concertación social como instrumento de la política de empleo, **in** Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo, Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1982, p. 111 e segs.; para a legislação que alterou o Estatuto dos Trabalhadores, Alonso Olea, Manuel — Casas Baamonde, Maria Emilia. Derecho del Trabajo, 10.ª ed., Facultad de Derecho, Madrid, 1987, p. 216-218; Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 549 e segs. Para o direito brasileiro — em perspectiva de direito comparado — Magano, Octavio Bueno, Contrato de prazo determinado, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

(69) Para o emprego partilhado (conhecido nos Estados Unidos já na década de 60), Joyce Epstein. Issues in job sharing, **in** Neue Arbeits — und Tatigeitsformen, anais do colóquio realizado em Bruxelas, em 25-4-1986, cit., p. 41-88.

(70) Dancet, Geert. Contractualisation salariale et compétitivité, de la synergie au conflit, **in** Boyer, Robert (sous la direction). La flexibilité du travail en Europe, Editions La Découverte, Paris, 1986, p. 127. Para os efeitos das novas formas de emprego sobre direito do trabalho e a previdência social, Yota Kravaritou-Manitakis. Formes nouvelles d'emploi: leurs effets en droit du travail et de la sécurité sociale dans les Etats-membres de la Communauté Européenne, Salônica, 1987.

(71) Como se lê em publicação da OCDE, as medidas adotadas para proteger o emprego, de grande diversidade, apresentam um ponto comum: representam custos para os empregadores. OCDE, Flexibilité et marché du travail — le débat d'aujourd'hui, Paris, 1986, p. 118.

(72) Sagardoy, Juan Antonio. La terminación del contrato de trabajo, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 17.

(73) Bit. Bulletin d'informations sociales, n.º 1, março de 1987, Genebra, p. 79. A partir do conceito de desregulação, Bernard Boueli chega a antever o fim do próprio Direito do Trabalho: A propos de la flexibilité de l'emploi: vers la fin du droit du travail?, **in** Droit Social, abril de 1985, p. 239-240.

(74) Ocde. Croissance de l'emploi et mutations structurelles, 1985, p. 34.

VI — O Texto Constitucional.

A atual redação do dispositivo constitucional que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária resulta de extenso debate, que se iniciou antes mesmo da instalação da ANC, passou pelo anteprojeto elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais, ganhou força após a divulgação do texto aprovado pela Comissão de Sistematização e, finalmente, empolgou o Plenário da Assembléia. Inúmeras emendas foram apresentadas, sugestões foram discutidas, acordos foram propostos até que prevaleceu o texto resultante do consenso a que chegaram lideranças de várias correntes de opinião e blocos parlamentares.

O anteprojeto redigido pela Comissão de Estudos Constitucionais (1986) não exerceu maior influência sobre os membros da ANC. Como se sabe, o Presidente da República recusou-se a encaminhar o referido anteprojeto à ANC. Entretanto, como documento histórico e subsídio doutrinário, o anteprojeto merece exame.

O Título V ("Da ordem social"), depois de enumerar os princípios com base nos quais seria realizada a justiça social, contém um capítulo dedicado aos "Direitos dos Trabalhadores". Reza o dispositivo que nos interessa: "As normas de proteção aos trabalhadores obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria de seus benefícios: XVI — estabilidade no emprego e fundo de garantia do tempo de serviço". A justificação do Relator do Grupo Temático, Prof. Evaristo de Moraes Filho, é, no que importa substancialmente ao nosso tema, esta: "... em todo contrato deve reger o princípio de boa fé, sem abuso de qualquer dos contratantes. A prática atual é de completa denúncia vazia, daquilo que a doutrina civil chama de ato jurídico abstrato, não causal, isto é, de ato praticado que dispensa a existência ou invocação de uma causa legítima para lhe dar validade. É o pânico, é a rotatividade da mão-de-obra, é o desespero e o desemprego. Muitas dispensas são arbitrárias e imotivadas, tendo em vista a substituição de um empregado por outro, ou por outros, com remuneração menor (75). Algumas observações se impõem, a propósito do texto do anteprojeto. Ressalte-se, desde logo, a boa orientação seguida quanto à tecnica constitucional: o dispositivo observa a recomendação de se elaborar uma Constituição sintética, que consagre apenas as "cabeças de capítulo" a serem posteriormente desenvolvidas pela legislação ordinária. Realmente, não é próprio do texto constitucional descer a minúcias, que só a lei poderá fixar mediante regulação que considere os variados aspectos previsíveis em sua aplicação. Como se sabe, tal orientação não foi seguida pela ANC: preferiu esta um texto regulamentarista, como que tentando resolver desde logo todos os problemas por meio de dispositivos auto-aplicáveis, a revelar desconfiança em relação ao legislador ordinário. É claro que não conseguiu alcançar seu objetivo, como veremos adiante. Não merece aplausos, contudo, a inserção do capítulo que dispõe sobre os direitos dos trabalhadores no título dedicado "à ordem social". Este é o Título V, colocado após o título que cuida da "ordem econômica" (Título IV), como a demonstrar uma subserviência do "social" ao "econômico". O próprio conceito de "ordem" é anacrônico, como demonstramos alhures (76). Quanto a este ponto, obrou com melhor aviso a ANC, que incluiu o Capítulo "Dos direitos sociais" no Título II ("Dos direitos e garantias fundamentais"). Também não é digna de encômios a redação do dispositivo, por insistir no caráter protecionista ("As normas **de proteção** aos trabalhadores...), como se este fosse o único papel desempenhado pela legislação do trabalho no regime capitalista, o que — como sabemos — é falso (77).

O certo é que o trabalho da Comissão de Estudos Constitucionais não chegou ao conhecimento da ANC, que partiu do nada, produzindo anteprojetos isolados, redigidos no seio de comissões temáticas, a serem posteriormente ordenados pela Comissão de Sistematização.

Assim é que a Comissão da Ordem Social (junho de 1987) deu ao artigo 2º do Título pertinente (capítulo que levava como epígrafe "Dos trabalhadores e servidores públicos") a seguinte redação: "São assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais e aos servidores públicos, federais, estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, os seguintes direitos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I — garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados: a) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente; b) contrato a termo, não superior a dois anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa; c) prazos definidos em contratos de experiência, não superiores a noventa dias, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado; d) superveniência de fato econômico intransponível, técnico ou de infortúnio da empresa, sujeito a comprovação judicial, sob pena de rein-

(75) Moraes Filho, Evaristo de. A ordem social num novo texto constitucional, LTr, São Paulo, 1986, p. 28.

(76) Romita, Arion Sayão. Organização sindical — Justiça do Trabalho — Direito à greve na Constituição, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1987, p. 87.

(77) Para ilustração do que se afirma no texto, F. Collin **et alii**, Le droit capitaliste du travail, Presses Universitaires de Grenoble, 1980, **passim**.

tegração ou indenização, a critério do empregado". Manifesta é a impropriedade do texto, a dispensar maiores comentários. Caberia reproduzir as críticas endereçadas à própria denominação "Ordem Social". Pretendia-se regular em um só título a situação dos trabalhadores subordinados e dos servidores públicos civis, o que ainda não é praticável no Brasil, salvo se **per saltum** fosse aplicada aos últimos, de modo unitário, a legislação do trabalho. Essa orientação não prevaleceu e, na Comissão de Sistematização, os "Direitos sociais" permaneceram no corpo do Título II ("Dos direitos e liberdades fundamentais"), enquanto a Seção "Dos servidores públicos civis" foi deslocada para o Título III, que rege a "organização do Estado".

O primeiro substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização (agosto de 1987) dispunha: "Além de outros, são direitos dos trabalhadores: I — contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei". Talvez fosse esta uma boa solução para o problema. A lei ordinária regularia o dispositivo, compatibilizando o sistema de proteção contra a dispensa arbitrária com o regime do fundo de garantia do tempo de serviço, como já se sugeriu em outra oportunidade (78).

O segundo substitutivo do Relator (setembro de 1987) oferecia a seguinte redação: "Art. 6º — Além de outros, são direitos dos trabalhadores: I — garantia de emprego protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em: a) contrato a termo, nas condições e e prazos da lei; b) falta grave, assim conceituada em lei; c) justa causa, fundada em fato econômico intransponível, tecnológico ou em infortúnio na empresa, de acordo com critérios estabelecidos na legislação do trabalho". O texto já se apresenta mais enxuto, com evidente superioridade sobre o formulado pela Comissão Temática da Ordem Social. Já não pretende regular a matéria por via de preceito auto-aplicável, tarefa de resto árdua, a bem dizer impossível, em tema dessa natureza. Ainda assim, gerava perplexidade e merecia críticas por introduzir conceitos de difícil apreensão, como os de justa causa fundada em fato econômico intransponível; justa causa fundada em fato tecnológico; e justa causa fundada em infortúnio na empresa. Tais defeitos foram conservados no Projeto de Constituição, afinal elaborado pela Comissão de Sistematização.

Este Projeto (novembro de 1987) apresentava a seguinte versão: "Art. 7º — São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I — garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em: a) — (reproduzem-se as três alíneas do substantivo do Relator). O texto da Comissão apresenta sobre o do Relator a vantagem de explicitar que a proteção assegurada aos trabalhadores aplica-se indistintamente aos urbanos e aos rurais, inviabilizando discriminação contra os últimos por parte do legislador ordinário. Incide, porém, no pecado de aludir à "condição" social dos trabalhadores, defeito já apontado em relação à Constituição de 1967, reproduzido na Emenda de 1969, pois não se trata de **condição**, e sim de **posição** social.

As dúvidas, críticas e perplexidades provocadas pelo Projeto da Comissão de Sistematização foram, como se sabe, de grande monta. Antes de mais nada, cabe assinalar a lacuna existente no texto em relação às dispensas julgadas "imotivadas": teria o empregado direito a reintegração? O Projeto não esclarece. Para aumentar as dificuldades, o inciso XVIII do mesmo artigo 7º inclui entre os direitos dos trabalhadores "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, e direito a indenização, nos termos da lei". A preocupação regulamentarista mostra-se aqui, mais do que nunca, altamente prejudicial. Afinal, redige-se a Constituição de um País, diploma revestido da vocação de durar; não se procede a uma reforma da Consolidação das Leis do Trabalho. Nota-se que o intuito secreto seria o de elaborar um texto pronto e acabado, auto-aplicável, que dispensasse a atuação do legislador ordinário para sua implementação. Mas essa tarefa, tratando-se da Carta Magna, como já se disse, é de impossível realização em semelhante assunto. Inviável é a regulação constitucional da garantia de emprego por meio de disposição proibitiva, pois seria de rigor a previsão do período de prova, dos tipos de contrato de trabalho sobre os quais não incidiria o preceito (exercentes de função de confiança, contratos a termo), tipos de empresa que permaneceriam à margem, além das sanções aplicáveis às dispensas arbitrárias. O Projeto, tal como se apresenta, poderia ensejar a celebração sucessiva de contratos a termo, tornando impossível a conquista da estabilidade por parte do empregado. Enfim, tema como este não comporta regulação exaustiva pela Carta Magna.

O deslocamento do debate para o Plenário da ANC ensejou a apresentação de emendas e troca de sugestões em busca do "consenso", isto é, de um texto capaz de granjear a preferência das lideranças e merecer a aprovação da maioria parlamentar. Quatro foram as propostas examinadas. Todas começavam da mesma maneira: "Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária

(78) Romita, Arion Sayão. Direito do Trabalho — estudos, cit., p. 138-146.

ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que..." A proposta do "Centrão" acrescentava: "... preverá indenização compensatória, entre outros direitos". A segunda proposição, do "Centrinho" e do "Grupo Entendimento", acrescentava: "... assegurará indenização compensatória sem prejuízo de outros direitos". Terceira sugestão, mais ampla: "... preverá indenização compensatória e outras formas de garantia do vínculo empregatício, sem prejuízo de outros direitos". Finalmente, uma quarta proposta aduzia: "... preverá indenização compensatória e disporá sobre os casos de anulabilidade da rescisão contratual, sem prejuízo de outros direitos".

O texto afinal aprovado pelo Plenário (fevereiro de 1988) é o seguinte: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social; I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Foi eliminada do inciso XVIII a referência à indenização, agora prevista apenas no texto transcrito.

O texto em exame ressente-se de prolixidade injustificável no corpo da Lei Maior. Conceitua-se como "direito" dos trabalhadores **relação de emprego** protegida contra despedida arbitrária. Ora, **relação de emprego** vem a ser a relação jurídica gerada pela prestação de trabalho subordinado por uma pessoa física em favor de outrem. Não é "direito". Bastaria que se escrevesse: I — proteção contra despedida arbitrária etc., pois é de **proteção**, afinal, que se trata.

A lei complementar que vier a regular o preceito constitucional sancionará a despedida arbitrária ou sem justa causa com indenização compensatória, além de outros direitos. Entre esses "outros direitos", não poderá ser contemplada a **reintegração**, medida que exclui o pagamento de indenização. Entre parênteses, registre-se a impropriedade redacional contida na dicção "dentre outros direitos": deveria constar **entre** e não **dentre. Dentre** significa **do meio de.** Exemplifica o Aurélio: "Dentre a multidão saiu uma criança correndo". E adverte: "Não confundir com **entre**". Pois o constituinte confundiu...

O dispositivo constitucional em foco impedirá que o Brasil ratifique a Conveição da OIT sobre o término da relação de trabalho nº 158, de 1982, pois este instrumento internacional, em seu artigo 10º, autoriza o tribunal do trabalho (ou autoridade equivalente, que aprecie a demanda do empregado despedido) a anular a despedida e eventualmente a ordenar ou propor a reintegração do trabalhador, conservando a faculdade de determinar o pagamento de uma indenização ou outra reparação que julgar adequada. No Brasil, a reintegração será inadmissível, de sorte que o preceito constitucional constitui óbice intransponível à ratificação da Convenção nº 158 pelo Brasil.

Entre os "outros direitos" que a lei complementar deverá prever em favor do empregado atingido por despedida arbitrária ou sem justa causa, incluem-se as prestações do seguro-desemprego, tal como preconiza a Recomendação nº 166 da OIT sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador (artigo 18, I, b). De resto, o artigo 7º inciso II, da Constituição prevê o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, de sorte que não se registra incompatibilidade entre a Lei Maior e o texto internacional.

O artigo 7º, I, da Constituição é dispositivo de eficácia limitada ou reduzida, portanto, não auto-aplicável. Sua eficácia depende da edição de norma infraconstitucional, da categoria de lei complementar, cuja aprovação depende de maioria absoluta (Constituição, artigo 69).

Com a finalidade de eliminar a duplicidade de regimes legais anteriormente observada (o da indenização com estabilidade, previsto pela CLT e o do FGTS, para os optantes pelo regime instituído pela Lei nº 5.107, de 13.9.1966), as Disposições Constitucionais Transitórias incluíram, no artigo 10º, dispositivo segundo o qual fica limitada a proteção referida no artigo 7º, I, da Constituição, ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, **caput** e § 1º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

A partir da data de vigência da Constituição (5 de outubro de 1988), desapareceu a distinção entre empregados optantes e não-optantes. Todos são, agora, **integrantes** do regime do FGTS. Fica ressalvada, apenas, a estabilidade daqueles que, não sendo optantes pelo regime do FGTS, haviam completado o decênio a que se refere o artigo 492 da CLT **antes da promulgação** da Carta Magna. Os empregados não-optantes que só completariam o decênio após o dia 5 de outubro de 1988 possuíam mera expectativa de direito (o direito de adquirir a estabilidade), isto é, não eram titulares de situação jurídica definitivamente constituída; portanto, não adquiriram a estabilidade.

Não fora a inclusão do texto em exame nas Disposições Constitucionais Transitórias, defensável seria a sobrevivência dos dois referidos regimes. Já sustentamos esse ponto de vista (79), quando os trabalhos preparatórios da Constituição ainda não haviam alcançado a fase das Disposições Transitórias. A promulgação do texto

(79) Romita, Arion Sayão. Garantia de emprego na Constituição, **in** Revista Jurídica do Trabalho, n.º 2, julho/setembro 1988, Salvador/Lisboa, p. 153-158.

constitucional completo já não autoriza esse entendimento. A interpretação conjunta dos arts. 7.º, I da parte permanente e 10º das Disposições Transitórias conduz ao resultado acima exposto.

A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969 contemplavam os sistemas alternativos: estabilidade ou fundo de garantia equivalente. O texto de 1988 não alude a estabilidade, conservando, porém, a referência ao fundo de garantia do tempo de serviço (artigo 7º, III). No ordenamento anterior, portanto, a Lei Maior autorizava a **opção** por um outro regime. Já agora, não há como optar: o único regime admitido é o do FGTS, aplicável em conseqüência a todos os trabalhadores. O teor do artigo 10 das Disposições Transitórias não ampara entendimento diverso: claramente, **limita** a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa à indenização correspondente a 40% dos depósitos existentes na conta do FGTS correspondente a cada empregado, qualquer empregado, fosse ou não, anteriormente, optante pelo regime previsto pela Lei nº 5.107.

As Normas para homologação de rescisão de contratos de trabalho aprovadas pela Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.283, de 11 de outubro de 1988, seguem essa orientação: no item 1 do Título II (Indenização), dispõe que, na ocorrência de despedida arbitrária ou sem justa causa, o valor da indenização será igual a 40% sobre o montante dos depósitos do FGTS, da correção monetária e dos juros capitalizados, dos depósitos não efetuados, inclusive dos decorrentes de verba salarial devida na rescisão. A Instrução Normativa nº 1, de 12 de outubro de 1988, expedida pelo Ministério do Trabalho com a finalidade de orientar a ação fiscal a ser desenvolvida pelos Fiscais do Trabalho em face da nova Constituição Federal, declara no inciso 7 (Estabilidade e FGTS): "A Constituição estendeu o regime do FGTS a todos os empregados, tantos urbanos quanto rurais, inclusive quanto aos trabalhadores avulsos".

Necessário se torna, apenas, sejam implementadas as medidas burocráticas pertinentes, com o propósito de adequar as normas, que atualmente só se referem aos "optantes", a todos os trabalhadores, abstraída a circunstância da opção. Não impressiona o fato de inexistir depósito bancário na conta do FGTS (na hipótese, por exemplo, de não reconhecimento da relação de emprego), pois basta um simples cálculo aritmético: para calcular a indenização de 40% do montante do depósito não efetuado, efetua-se a incidência da taxa de 8%, mês a mês, sobre os salários percebidos pelo empregado, devidamente corrigidos e computados os juros.

Quando a Constituição quis **vedar a dispensa** (ou seja, consagrar a estabilidade), fê-lo expressamente: no artigo 8º, VIII, veda a dispensa do ocupante de cargo de direção ou representação sindical; e, no artigo 10º, II, das Disposições Transitórias, proíbe a despedida do empregado eleito para cargo de direção da CIPA (alínea **a**) e da empregada gestante (alínea **b**). Não cabe, em conseqüência, atribuir à Constituição o propósito de consagrar estabilidade em favor de qualquer outro tipo de trabalhador. Assim, o empregado que, antes de 5 de outubro de 1988, não era optante pelo regime do FGTS, jamais adquirirá a estabilidade decenal prevista pela CLT e, se despedido após a data da promulgação da Constituição, terá direito a indenização calculada na forma por esta preconizada, e não de acordo com as regras fixadas pela Consolidação. Ressalva-se a indenização correspondente ao tempo de serviço que precede a opção, a ser fixada de acordo com as normas consolidadas, por se tratar de situação jurídica definitivamente constituída em data anterior à vigência da nova Constituição.

É de se prever que, mesmo após a promulgação da lei complementar a que alude o artigo 7º, I, da Constituição, a rotatividade da mão-de-obra atualmente praticada continuará a ser observada, pois os custos representados pelo pagamento da indenização serão facilmente repassados pelas empresas para o preço dos produtos...

VI — Conclusão

Em sua "Filosofia do Direito", Cesarini Sforza escreve: "... a experiência jurídica, vista à luz de seu princípio constitutivo, aparece encerrada em um envoltório de normas dentro do qual se move e se agita a vida. O envoltório representa a ordem jurídica, a ordem constituída por uma quantidade maior ou menor de fórmulas normativas (que compõem, em conjunto, o direito objetivo), em cuja origem se encontra uma série de atos de vontade, dirigidos a determinados fins e inspirados pelos correspondentes interesses. Os sujeitos que **querem** (decidem) podem ser indivíduos ou grupos que partilham as mesmas finalidades de vida (círculos, categorias, classes sociais), porém em cada caso sua atuação jurídica, isto é, os atos normativos nos quais se manifestou sua vontade, concerne a interesses, que a ordem assim constituída conserva e protege no equilíbrio que alcançaram. No interior do envólucro, em compensação, isto é, na realidade concreta da vida, os impulsos criadores da vontade renovam-se sem cessar, voltados para a formação e transformação da realidade prática com o intuito de se atribuir uma ordem mais racional e dela fazer um instrumento cada vez mais aperfeiçoado para a satis-

fação das finalidades da vida individual e coletiva" (80).

A alguns faltou mais acurada observação da realidade política nacional; a outros sobejou a presunção dos que se julgam donos da verdade. Tinha que dar nisso mesmo... Meditar no texto acima transcrito, de Cesarini Sforza, só pode fazer bem. As classes conservadoras manifestaram sua vontade e projetaram no envoltório constitucional seus verdadeiros interesses. A ordem constitucional assim formada conservará e protegerá por muito tempo os interesses das classes dominantes, no equilíbrio agora alcançado. O desejo de projetar avanços sociais em texto constitucional regulamentarista pode resultar, como resultou, em retrocesso de difícil recuperação, pelo menos a curto ou médio prazo. O caminho a ser trilhado por aqueles que propugnavam a inclusão do princípio de estabilidade no corpo da Lei Magna era outro, evidentemente. Agora, é tarde para insistir na trilha que em má hora se tentou palmilhar.

Há saída?

Após a eclosão da crise econômica mundial, três orientações principais se deparam ao movimento sindical. A primeira opção, fundada na luta de classes, propõe-se assegurar a defesa dos benefícios já conquistados e, na medida das possibilidades, obter os possíveis progressos. A segunda linha sindicalista consiste em aderir às adaptações moderados e às políticas de austeridade. Enfim, uma terceira estratégia pressupõe a articulação de concessões recíprocas mediante a celebração de um pacto social que abrigaria reformas de estruturas e novos arranjos em plano nacional (81). Cabe aos diretamente interessados a opção pelo caminho que entenderem mais profícuo.

O certo é que, diante do novo quadro surgido com a aprovação do texto constitucional de 1988, o País decidiu trilhar a via da flexibilização. Caracterizou-se sem dúvida, o "desfiguramento da rigidez estrutural que representa a Consolidação das Leis do Trabalho, em sua integridade", para usar a expressão de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (82).

Deplorável, sem dúvida, é que se tenha optado pela orientação de incluir no texto constitucional, em minúcias, a regulação dos benefícios assegurados pelo regime às classes trabalhadoras. Também permaneceu à margem a advertência de Cabrera Bazán: "Cada vez que se desenvolvem as normas constitucionais por meio de leis complementares e estas por outras normas de hierarquia inferior, vão-se apagando as fontes enriquecedoras do Direito" (83). Aponta-se, claramente, para a via da negociação coletiva. Mas o movimento sindical brasileiro, em sua expressão majoritária, decididamente repele essa via e dá mostras de preferir a acomodação, tentando obter benefícios materiais por intermédio da ação intervencionista do Estado. E a tentativa mais recente concretizou-se no apelo à via constitucional. Trata-se de atitude perfeitamente identificada, pois, como escrevem De La Villa e Palomeque López, "... é certo que a classe trabalhadora cede em pressão à medida que o direito do trabalho consegue incrementos sensíveis de bem estar material, fenômeno que vem sendo designado como **integração** da classe trabalhadora no sistema" (84) — grifo do original.

A via negocial seria a mais indicada. Só a organização da classe trabalhadora e seu entendimento por via coletiva com as classes empresariais, em cada caso, separadamente, conduziria a bons resultados.

A organização no plano coletivo constitui o único recurso apto a remediar a fraqueza congênita do trabalhador, quando da celebração do contrato de trabalho. As idéias jurídicas dominantes no século XX tornaram familiar a noção de **contrato** como relação de forças econômicas. O contrato, como observa Jean Carbonnier, é a sede de uma luta de interesses, de uma relação de conflito. Nem sempre há equilíbrio, se forem desiguais as forças em confronto. Constitui lugar-comum da Sociologia falar da desigualdade entre os contratantes como uma das características do contrato na vida moderna (85). O meio de eliminar essa desigualdade, no plano do contrato de trabalho, é a negociação coletiva.

A Organização Internacional do Trabalho tem dado ênfase ao método negocial (86), valendo lem-

---

(80) Cesarini Sforza, W. Filosofia del Derecho, trad. de Marcelo Cheret, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 279-280. Mais especificamente no campo do Direito do Trabalho, adverte R. Blanpain que "não se deve perder de vista que as relações de trabalho são na essência relações de poder e que em qualquer sistema de relações de trabalho a principal questão a considerar é quem tem o poder de tomar decisões" (Comparativism in Labour Law and Industrial Relations, in R. Blanpain — editor. Comparative Labour Law and Industrial Relations, cit., p. 20).

(81) Mouriaux, René. Le syndicalisme face à la crise, Editions La Découverte, Paris, 1986, p. 69.

(82) Ribeiro de Vilhena, Paulo Emílio. Direito do Trabalho e Fundo de Garantia, LTr, São Paulo, 1978, p. 18.

(83) Cabrera Bazán, J. Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico, Akal Universitaria, Madrid, 1982, p. 130.

(84) De la Villa, Luís Enrique — Palomeque López, M. Carlos. Leciones de Derecho del Trabajo, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Madrid, 1977, p. 762.

(85) Carbonnier, Jean. Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, 5.ª ed., L. G. D. J., Paris, 1983, p. 257.

(86) Bit. Tendences et problèmes récents en matière de négotiation collective dans les pays industrialisés, Série Relations Professionelles, n.º 56, Genebra, 1978; OIT.

brar que Efrén Córdova vaticina: "... os protagonistas que intervêm nos sistemas de relações de trabalho tanto nos países industrializados como

Las Relaciones colectivas de trabajo en América Latina (bajo la dirección de Arturo S. Bronstein), Genebra, 1981; OIT. Relaciones de trabajo y desarrollo en las Américas, duodécima conferencia de los Estados de América miembros de la OIT, informe III, Genebra, 1985. Destaca-se uma obra cujo título, por si só, é bastante sugestivo: Ilo. Collective bargaining: A response to the **recession** in industrialised market economy countries, Genebra, 1984. Luís Enrique de la Villa demonstra que, em todo o mundo industrializado, há um crescente **contratualismo** na disciplina das relações de trabalho e nesse fenômeno está sempre presente o Estado, com um papel decisivo (Los grandes pactos, acuerdos y convenios colectivos a partir de la transición democrática, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, p. 16).

nos países em desenvolvimento sentirão necessidade de cada vez maior de combinar as disposições legislativas com certa medida de autonomia para estabelecer uma regulamentação mais completa e auto-suficiente de suas crescentemente complexas relações" (87).

Os efeitos nefastos da crise econômica e da introdução de novas tecnologias só podem ser enfrentados com possibilidade de bom êxito pelas organizações sindicais de trabalhadores mediante apelo à negociação coletiva.

(87) Córdova, Efrén. Introducción, **in** OIT. Selección de acuerdos básicos y declaraciones conjuntas obrero-patronales sobre relaciones de trabajo, Serie Relaciones de Trabajo, nº 63, Genebra, 1984, p. 6.